This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

I·3

Maitland Library G 181

L. Rom. A 14 e. 85

Roman

500

V893a

BEQUEATHED TO THE UNIVERSITY
PAUL VINOGRADOFF 1926

EX LIBRIS

I·3

Maitland Library G 181
L. Rom. A 14 e. 85
Roman
500
V893a

BEQUEATHED TO THE UNIVERSITY
PAUL VINOGRADOFF 1926

EX LIBRIS

Das

jus naturale,

aequum et bonum und jus gentium

der Römer.

Von

Moritz Voigt.

Dritter Theil:

Das strictum jus und aequum et bonum der Römer.

Leipzig,
Ernst Julius Günther.
1875.

Das

strictum jus und aequum et bonum

der Römer.

Von

Moritz Voigt.

Leipzig,
Ernst Julius Günther.
1875.

LIBRARY
27
OCT
1926

Inhalt.

Seite

Einleitung und Plan des dritten Theiles 1

Erſtes Buch.

Die Principien der Suprematie von Wort oder Wille.

Erſte Abtheilung.

Die Principien an ſich und deren einzelne Poſitionen.

§ 1. Die Principien an ſich von rigor und aequitas 7

Erſtes Capitel.

Der rigor und deſſen einzelne Poſitionen.

A. Das legale Wort als die Form der juriſtiſchen Willenserklärung.

§ 2. 1. Das legale Wort als die Form der juriſtiſchen Willenserklärung im Allgemeinen bei dem Rechtsacte 18

§ 3. 2. Die conſonirenden Worte insbeſondere als die Form des zweiſeitigen Rechtsgeſchäftes 39

§ 4. 3. Die dem bezogenen Geſchäfte correſpondirenden Worte als die Form des bezüglichen Rechtsgeſchäftes 44

B. Das legale Wort als das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes.

§ 5. 1. Das legale Wort als das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes im Allgemeinen 49

§ 6. 2. Die conſonirenden Worte insbeſondere als das rechtsverbindliche Element des zweiſeitigen Rechtsgeſchäftes . . . 57

§ 7. Die beſonderen Conſequenzen des Principes, daß das legale Wort das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes iſt . . . 58

§ 8. a. Irrelevanz der Simulation oder der nicht ernſtlichen Willenserklärung beim Rechtsacte 61

§ 9. b. Unſtatthaftigkeit der Interpretation bei scriptum et voluntas 67

Seite
§ 10. c. Unstatthaftigkeit der Interpretation bei ratiocinatio . . . 72
§ 11. d. Die Interpretation ex verbo bei definitio 74
§ 12. e. Die Interpretation ex verbo bei ambiguitas und f. bei contrariae leges 76
§ 13. g. Irrelevanz des die Willenserklärung beeinflussenden error, dolus und vis 79
§ 14. h. Irrelevanz des die Willensbestimmung beeinflussenden error, dolus und vis 85

Zweites Capitel.

Die aequitas und deren einzelne Positionen.

A. Die unformale Willensäußerung als die Form der juristischen Willenserklärung.

§ 15. 1. Die unformale Willensäußerung als die Form der juristischen Willenserklärung im Allgemeinen bei dem Rechtsacte 88
§ 16. 2. Die unformale Willensäußerung als die Form des zweiseitigen, wie des bezüglichen Rechtsgeschäftes insbesondere . 96

B. Die Willensbestimmung als das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes.

§ 17. 1. Die Willensbestimmung als das rechtsverbindliche Element im Allgemeinen 98
§ 18. 2. Der Consens insbesondere als das rechtsverbindliche Element des zweiseitigen Rechtsgeschäftes 102
§ 19. Die besonderen Consequenzen des Principes, daß die Willenserklärung das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes ist . 108
§ 20. a. Nichtigkeit des Rechtsactes bei Simulation oder nicht ernstlicher Willensbestimmung 110
§ 21. b. Interpretatio ex voluntate bei scriptum et voluntas . . . 113
§ 22. c. Interpretatio ex voluntate bei ratiocinatio 119
§ 23. d. Interpretatio ex voluntate bei definitio 123
§ 24. e. Interpretatio ex voluntate bei ambiguitas 128
§ 25. f. Interpretatio ex voluntate bei contrariae leges 132
§ 26. g. Relevanz des die Willenserklärung beeinflussenden error, dolus und vis 134
§ 27. Modificationen und Hülfsmittel des Principes der aequitas bei der Interpretation 141
§ 28. Fortsetzung (Modificationen des Principes der aequitas bei der Interpretation) 148

C. Die Wahrheit der Willensbestimmung beim Rechtsacte als ein wesentliches Erforderniß ihrer Rechtsverbindlichkeit.

§ 29. Relevanz der die Willensbestimmung beim Rechtsacte beeinflussenden vis, dolus und error 159

Seite

§ 30. Nähere Bestimmungen der Relevanz von vis, dolus und error in der Willensbestimmung beim Rechtsacte 164

Zweite Abtheilung.

Die historische Ausprägung der Principien.

Erste Periode.

Die historische Ausprägung der Principien bis zu Ausgang der Republik.

Erster Abschnitt.

Die historische Ausprägung der Principien bis zur Mitte des sechsten Jahrhunderts d. St.

§ 31. Historische Stellung im Allgemeinen der Principien 170
§ 32. Das Herrschaftsgebiet des rigor 175
§ 33. Stellung des rigor gegenüber der Nationalanschauung . . . 188
§ 34. Stellung des rigor gegenüber dem Lebensverkehre 194
§ 35. Die durch den rigor bedingten Consequenzen in der Rechtstheorie 202
§ 36. Das Herrschaftsgebiet der fides 206
§ 37. Die Herrschaft des Principes der aequitas innerhalb der Sphäre der fides 216
§ 38. Der Grund der Herrschaft der fides über die betreffenden Verhältnisse 220
§ 39. Die Herrschaftsfähigkeit der fides (Der röm. Volkscharacter) . 226
§ 40. Fortsetzung (Das Gesetz der bürgerlichen Sitte) 232
§ 41. Fortsetzung (Das Gesetz der Moral und des Rechtes) . . . 236
§ 42. Die besonderen Schutzmittel der fides 244
§ 43. Die historischen Grundlagen der Stellung von rigor und aequitas gegenüber dem Lebensverkehre 247
§ 44. Der practische Werth je der Principien von rigor und aequitas 254
§ 45. Historische Parallelen 262

Zweiter Abschnitt.

Die historische Ausprägung der Principien von der Mitte des sechsten Jahrhunderts d. St. bis zum Zeitalter Cicero's.

§ 46. Historische Stellung im Allgemeinen der Principien 265
§ 47. Die Form der juristischen Willenserklärung bei dem Rechtsacte 270
§ 48. Das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes 274
§ 49. Das Verfahren der Interpretatio bezüglich der das Privatrecht betreffenden Gesetze 279
§ 50. Die Controverse der ciceronianischen Zeit über die Geltung je von rigor oder aequitas 294
§ 51. Fortsetzung (Die Controverse über die Geltung je von rigor oder aequitas in der Praxis) 300

Seite

§ 52. Die Relevanz von error, dolus und vis in ihrem Einflusse auf die Willensbestimmung bei den Rechtsacten 307
§ 53. Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre 309

Zweite Periode.

Die historische Ausprägung der Principien vom Beginn der Kaiserzeit bis Diocletian.

§ 54. Historische Stellung im Allgemeinen der Principien 324
§ 55. Die Form der juristischen Willenserklärung bei dem Rechtsacte 326
§ 56. Die Form der juristischen Willenserklärung bei dem zweiseitigen, wie bei dem bezüglichen Rechtsgeschäfte insbesondere. — Die documentale Form der Rechtsgeschäfte 338
§ 57. Das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes 345
§ 58. Die Systeme der Interpretation der Rechtsgeschäfte und Gesetze 356
§ 59. Die Relevanz von vis, dolus und error in ihrem Einflusse auf die Willensbestimmung bezüglich der Testamente 360
§ 60. Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre 364
§ 61. Fortsetzung (Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre) 370

Dritte Periode.

Die historische Ausprägung der Principien von Constantin d. Gr. bis Justinian.

§ 62. Historische Stellung im Allgemeinen der Principien 378
§ 63. Die Form der juristischen Willenserklärung bei dem Rechtsacte 381
§ 64. Das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes 389
§ 65. Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre 392

Zweites Buch.

Die Principien der Repression einer ungerechtfertigten Vermögensschädigung und der arbiträren richterlichen Cognition.

Erste Abtheilung.

Die Principien an sich und deren einzelne Positionen.

Erstes Capitel.

Die Principien je von rigor und aequitas.

§ 66. A. Die Principien der gebundenen und der arbiträren richterlichen Cognition 399

Seite

§ 67. B. Das Princip der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung und deſſen Gegenſatz. Der Inhalt des Principſatzes 407
§ 68. Die Sphäre des Principſatzes 413
§ 69. Das Weſen des Schadens 417
§ 70. Die ſchädigenden Vorgänge 434
§ 71. Der Maaßſtab der Bemeſſung des Vermögensſchadens . 439
§ 72. Die Würderung des Vermögensſchadens 457
§ 73. Der Schadenerſatz und die zum Schadenerſatze verpflichtenden Vorgänge 469
§ 74. Die Quantificirung des Schadenerſatzes 478
§ 75. Die einzelnen Poſitionen von rigor und aequitas . . . 493
§ 76. C. Die Principien der arbiträren richterlichen Cognition und der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung in ihrem gegenſeitigen Verhältniſſe 507

Zweites Capitel.

Der rigor und deſſen einzelne Poſitionen gegenüber dem Principe der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung.

§ 77. Der Geſichtspunkt und die Methode des rigor bei Normirung der Vermögensſchädigung 512
§ 78. Die Unterarten und Strafen der temeritas litigii 519
§ 79. Die Stellung im Allgemeinen des rigor gegenüber dem Syſteme der aequitas 527

Drittes Capitel.

Die aequitas und deren einzelne Poſitionen unterhalb des Principes der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung.

§ 80. Das Poſtulat der Erſatzleiſtung für verſchuldete ungerechtfertigte Vermögensſchädigung 534
§ 81. Das Poſtulat der Reſtitution der ungerechtfertigten Bereicherung 550
§ 82. Das Poſtulat der Zweiſeitigkeit in Berückſichtigung der Vermögensintereſſen zur Vermeidung der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung, wie Bereicherung.
§ 83. A. Die formula petitoria als Organ der aequitas. 583
§ 84. Fortſetzung 599
§ 85. Fortſetzung 606
§ 86. B. Die bonae fidei actio als Organ der aequitas.
Die bon. fid. actio als Schädenklage wegen Mora, wegen Vereitelung der Solution am legalen Leiſtungsorte und

Seite

wegen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte 616

§ 87. Die bon. fid. actio als Schädenklage wegen dolus malus, vis, reticentia, Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae und wegen laesio enormis 633

§ 88. Die bon. fid. actio als Bereicherungsklage bezüglich vitiöſer causa und bezüglich impensae necessariae 639

§ 89. Die bon. fid. actio als Bereicherungsklage bezüglich des Gewinnes aus der res debita 643

§ 90. Die bon. fid. actio als Organ der beiderſeitigen Partheiſ-Intereſſen 660

§ 91. C. Die Specialklagen wegen der anderweiten Fälle einer ungerechtfertigten Bereicherung.
Die actio de in rem verso und utilis ex contractu vel quasi auf quanto locupletior factus est 669

§ 92. Die Klagen aus Delicten auf id quod pervenit und quanto locupletior factus est 673

§ 93. Die actiones rescissoria und restitutoria wegen absentia und capitis deminutio 682

Zweite Abtheilung.

Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien.

Erſte Periode.

Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien bis zu Ausgang der Republik.

Erſter Abſchnitt.

Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien bis zur Mitte des ſechsten Jahrhunderts d. St.

§ 94. Die hiſtoriſche Stellung im Allgemeinen der Principien . . 689

§ 95. Das Herrſchaftsgebiet des rigor 694

§ 96. Fortſetzung.
A. Die dingliche Klage der XII Tafeln 702

§ 97. B. Die stricti iuris actiones in personam der XII Tafeln . 717

§ 98. C. Die condictiones der leges Silia und Calpurnia 738

§ 99. Fortſetzung. Das Condictionenrecht der leges Silia, Calpurnia und Aquilia in ſeiner Stellung zum XII Tafelrechte 756

§ 100. Die urſprüngliche Bedeutung von aequitas, aequum, aequum et bonum. Das Herrſchaftsgebiet der aequitas 762

§ 101. Fortſetzung.
A. Die Herrſchaft der aequitas innerhalb der mores . . . 770

Seite

§ 102. B. Die Herrſchaft der aequitas innerhalb des ius.
1. Die arbitria der leg. a. per iud. post. gegenüber dem Principe der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung 780
§ 103. 2. Die iurgia und die condictio triticaria gegenüber dem Principe der arbiträren richterlichen Cognition . . . 796
§ 104. Die hiſtoriſchen Grundlagen der Stellung von rigor und aequitas gegenüber dem Lebensverkehre 803
§ 105. Der practiſche Werth je der Principien von rigor und aequitas 811
§ 106. Die Uebergänge zur Reform des Rechtes. Die proceſſualiſchen Reformen 814
§ 107. Fortſetzung. Die a. ex stipulatu und Publiciana rescissoria . 822

Zweiter Abſchnitt.

Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien von der Mitte des ſechsten Jahrhunderts d. St. bis zum Zeitalter Cicero's.

§ 108. Die hiſtoriſche Stellung im Allgemeinen der Principien . . 831
§ 109. Die bonae fidei actiones 843
§ 110. Fortſetzung. Die Rechtsquellen der bon fid. actiones . . . 850
§ 111. Fortſetzung 861
§ 112. Fortſetzung. Die verſchiedenen Functionen der bon. fid. actiones 867
§ 113. Fortſetzung 881
§ 114. Fortſetzung. Theorie und Edict über die bon fid. negotia . 889
§ 115. Die actio ex stipulatu 893
§ 116. Die actio und exceptio doli mali und quod metus causa. Die Edicte über dolus malus und vis 900
§ 117. Fortſetzung. Das Edict Pacta conventa 908
§ 118. Fortſetzung. Die actio und exc. doli mali und quod metus causa 912
§ 119. Die actio de eo quod certo loco. Die Uebertragung der mora solvendi auf die condictio furtiva. Die Theorie des Serv. Sulpicius bezüglich der Litiscontestation 918
§ 120. Die condictio non debiti und ex iniusta causa 922
§ 121. Die actio Publicana rescissoria und de in rem verso und die condictio ex lege repetundarum 928
§ 122. Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanſchauung und dem Lebensverkehre 933
§ 123. Fortſetzung 938
§ 124. Fortſetzung. Der Maaßſtab für Bemeſſung von Schaden, wie Bereicherung. 947

Seite

Zweite Periode.

Die historische Ausprägung der Principien vom Beginn der Kaiserzeit bis Diocletian.

§ 125. Die historische Stellung im Allgemeinen der Principien . . 958
§ 126. Die bonae fidei actiones 967
§ 127. Fortsetzung. Die doctrinelle Präcisirung der bonae fidei actiones und negotia, sowie das Edict über dieselben . . . 980
§ 128. Fortsetzung. Die verschiedenen Functionen der bonae fidei actiones 987
§ 129. Fortsetzung. Die bonae fidei actio als Centralorgan der aequitas 1000
§ 130. Die formula petitoria 1005
§ 131. Fortsetzung. Die Ausbildung der formula petitoria durch die Rechtswissenschaft und das S. C. Juventianum 1010
§ 132. Die actio und exceptio doli mali und quod metus causa. . 1019
§ 133. Die condictiones ob causam 1033
§ 134. Die actiones rescissoria und restitutoriae. Die actiones utiles ex contractu vel quasi und ex delicto auf id quod pervenit und quanto locupletior factus est 1040
§ 135. Die Ausgleichung der lites mit den condictiones 1047
§ 136 Die Ausgleichung der stricti iuris mit den bonae fidei actiones 1056
§ 137. Fortsetzung. Die Uebertragung der mora auf die stricti iuris actiones 1069
§ 138. Die Umwandelung der Litiscontestation 1075
§ 139. Fortsetzung. Die Umwandelung der Litiscontestation bezüglich der Stellung des Beklagten 1085
§ 140. Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre 1094
§ 141. Fortsetzung 1100
§ 142. Fortsetzung. Der Maaßstab der Bemessung von Schaden und Bereicherung 1114
§ 143. Fortsetzung. Die Stellung der Schulen gegenüber dem Principe der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung 1120
§ 144. Fortsetzung. Die Stellung der Principien in der Rechtspflege 1126

Dritte Periode.

Die historische Ausprägung der Principien von Constantin d. Gr. bis Justinian.

§ 145. Die historische Stellung im Allgemeinen der Principien . . 1133
§ 146. Die Ausprägung des rigor 1136

Seite
§ 147. Die Ausprägung der aequitas 1143
§ 148. Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanſchauung und dem Lebensverkehre 1147

Drittes Buch.

Die Principien der civilen und der natürlichen Verwandtſchaft.

§ 149. Die Principien an ſich von rigor und aequitas und deren einzelne Poſitionen 1153
§ 150. Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien.
1. Bis zur Mitte des ſechsten Jahrhunderts d. St. . . . 1162
§ 151. 2. Von der Mitte des ſechsten Jahrhunderts d. St. bis zum Zeitalter Cicero's 1171
§ 152. 3. Vom Beginn der Kaiſerzeit bis Diocletian 1191
§ 153. Fortſetzung 1207
§ 154. 4. Von Conſtantin d. Gr. bis Juſtinian 1225
§ 155. Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanſchauung und dem Lebensverkehre 1244

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung und Plan 1

§ 2. Das practiſche ius naturale. Die Stellung des Sclaven nach römiſcher Volksanſchauung 4

§ 3. Fortſetzung. Der rechtliche Schutz des Sclaven 11

§ 4. Fortſetzung. Die Rechtsfähigkeit des Sclaven nach dem ius naturale 19

§ 5. Das ius gentium, das practiſche ius naturale und das aequum et bonum in ihrer hiſtoriſchen Stellung 22

§ 6. Die Tendenz der durch das ius gentium, das practiſche ius naturale und das aequum et bonum getragenen Rechtsentwickelung . 26

§ 7. Die Motive der durch das ius gentium, das practiſche ius naturale und das aequum et bonum getragenen Rechtsentwickelung . 35

§ 8. Die geſchichtliche Bedeutung der durch das ius gentium, das practiſche ius naturale und das aequum et bonum getragenen Rechtsentwickelung 46

Einleitung und Plan.

Die Aufgabe des gegenwärtigen Bandes ist, den von den Principien des rigor und der aequitas bestimmten Rechtsstoff zu historischer Darstellung zu bringen.

Hieraus ergiebt sich vor Allem gegenüber den manichfachen Vorkommnissen, in welchen die römische aequitas in Thl. I nachgewiesen ist, daß dieser Band allein sich beschäftigt mit dem Rechte, in welchem aequitas oder rigor zu effectiver Ausprägung gelangt ist, nicht aber mit dem Denkstoffe, dem, abgesehen von solcher historischer Ausprägung, etwa auf Grund speculativer Voraussetzungen die Prädicirung als aequum oder als strictum zu Theil geworden ist; daß sodann wir hier allein behandeln den Rechtsstoff, der durch die römische Nationalanschauung und die gemeine Meinung der Wissenschaft, nicht aber durch eine mehr oder minder isolirte Sonderanschauung dem aequum oder strictum ius überwiesen wird, und der zugleich in den Principien von Beiden die treibende Kraft und den schöpferischen Gedanken, die leitende Tendenz und den practischen Zielpunkt seines eigenen historischen Schöpfungsprocesses findet; und daß endlich hier nur derjenige Rechtsstoff zur Darstellung gelangt, der, als aequum oder strictum prädicirt, zu gewissen allgemeineren und umfassenderen Principien in einem Zubehörigkeitsverhältnisse steht, nicht aber isolirte Sätze, die nicht auf ein solches Princip sich zurückleiten. Und wenn nun in den drei Perioden, welche Thl. I. für die Ge-

ſchichte der Lehrbegriffe ſetzte, je verſchiedene Principien von der Wiſſenſchaft und Legislation der aequitas überwieſen wurden, ſo ſind es nun jene fünf Principien, die, voll und breit in der zweiten Periode hervortretend, den rechtshiſtoriſchen Stoff dieſes Theiles ergeben: denn gegenüber dem beſchränkteren Lehrſtoffe der erſten Periode ſteht die weitergreifende Doctrin der zweiten Periode in dem Verhältniſſe, daß ſie die bereits in der erſten Periode von der Nationalanſchauung getragenen Principien in ſich aufnimmt und dem von der Wiſſenſchaft dieſer nämlichen Periode überlieferten beſchränkteren Lehrſtoffe beiordnet und gleichſtellt (Thl. I § 65); und wenn dagegen die dritte Periode wiederum hinausgreift über die Principien der zweiten Periode und noch neue Ideen der aequitas unterlegt, ſo iſt doch dieſes neue byzantiniſche Material der aequitas nach den in Thl. I § 97. 99. dargelegten Momenten weder zu einer eigenen rechtshiſtoriſchen Darſtellung von jenem Geſichtspunkte aus geeignet, noch iſt daraus auch nur ein allgemeinerer Gewinn für die Wiſſenſchaft zu erhoffen.

So daher fällt dieſem Theile zu die Darſtellung der hiſtoriſchen Ausprägung desjenigen Rechtsſtoffes, der den von der Theorie der zweiten Periode anerkannten fünf Principien der aequitas und des rigor unterfällt. Dieſe Aufgabe aber iſt durchaus parallel der von Thl. II; allein bei ihrer Durchführung machen ganz andere, eigenthümliche Verhältniſſe ſich geltend.

Zuerſt nämlich, indem rigor und aequitas nicht Inbegriffe je eines einigen Principes, ſondern einheitliche Inbegriffe je mehrerer und zwar nach dem Obigen fünf verſchiedener Principien ſind, ſo ſtehen nun dieſe Letzteren bei ihrer Ausprägung in dem Rechte keineswegs in dem Verhältniſſe eines ſteten Zuſammentreffens innerhalb der nämlichen Rechtsgebilde, vielmehr tritt ein jedes ebenſo an ſich ſelbſtſtändig, wie auch hiſtoriſch unabhängig und getrennt von dem anderen auf; mit anderen Worten: jedes Princip hat ſeine eigene Herrſchaftsſphäre, die hiſtoriſch mit der des anderen nicht nothwendig zuſammenfällt. So daher iſt die Prädicirung einer gegebenen Rechtsmaſſe als aequum oder strictum keineswegs abhängig von einem Zuſammentreffen aller fünf Principien innerhalb jener Maſſe, als

vielmehr nur abhängig von dem Zutreffen je Eines Principes überhaupt; daher: wenn auch aequum et bonum und strictum ius zwar in ſtreng ausſchließender Weiſe zu einander ſich verhalten, ſo iſt doch dieſe Ausſchließlichkeit lediglich relativer, nicht aber abſoluter Beſchaffenheit, d. h. ſie waltet lediglich innerhalb der Sphäre je Eines Principes ob, ſo daß ein und daſſelbe Rechtsinſtitut, wie z. B. die mutui datio oder die condictio ob causam nach Maaßgabe des einen Principes aequi et boni, nach Maaßgabe des anderen stricti iuris ſein kann. Demgemäß aber zerlegt denn jedes Princip für ſich allein das römiſche Recht in ein aequum und in ein strictum ius, ſo daß ſonach dieſes Recht in fünf verſchiedene Doppelſphären zerfällt, deren jede ein aequum und ein strictum ius umfaßt. Daher, während Thl. II nur die zwei Stoffmaſſen des ius civile und ius gentium ſammt deren Mittelgliedern zu behandeln hatte, hat es der gegenwärtige Theil mit fünf Paaren entgegengeſetzter Stoffgruppen zu thun.

Zweitens ſodann war in Thl. II ein wiederholtes Eingehen auf die maaßgebenden Principien ganz entbehrlich: das Princip beherrſchte dort ganz unmittelbar in der in Thl. I feſtgeſtellten Allgemeinheit ſeine Sphäre, daher für ius civile und ius gentium die Darlegung der Principien in Thl. I genügte. Dagegen hier bei aequitas und rigor treten die Principien, mit Ausnahme des fünften, keineswegs unmittelbar in der in Thl. I dargelegten Allgemeinheit auf, als vielmehr je in einer Mehrheit von niederen und beſchränkteren Sätzen, aus denen zuſammen dann erſt jenes allgemeinere Princip durch eine Abſtrahirung ſich ergiebt. Daher haben wir in dieſem Theile vor Allem die den feſtgeſtellten Principien unterfallenden niederen Poſitionen darzulegen, ſomit alſo nochmals die vier erſten Principien in ihren einzelnen Unterſätzen zu erörtern, und ſodann erſt zu der Darlegung der hiſtoriſchen Ausprägung der Principien zu verſchreiten.

Wenn ſo daher die Aufgabe dieſes Theiles eine manichfaltige und vielgliedrige iſt, ſo vereinfacht ſich dieſelbe doch wieder bei der Ausführung. Und zwar gilt dies zunächſt von den in Thl. I feſtgeſtellten vier letzten Principien. Während nämlich die Individualiſirung jener fünf Principien, wie ſolche

in ThL. I § 66 gegeben ist, einzig und allein bestimmt ward durch dogmengeschichtliche Momente und zwar theils dadurch, daß das vierte Princip bereits von der Wissenschaft der ersten Periode anerkannt worden war, wogegen die übrigen vier Principien ihre Würdigung als solche Seitens der Wissenschaft erst in der zweiten Periode gewannen, theils aber auch dadurch, daß diese letzteren vier Principien gerade so und nicht anders von der römischen Jurisprudenz bestimmt und individualisirt worden waren; so gewinnt nun wiederum hier, bei der rechtshistorischen Darstellung des jenen Principien unterfallenden Stoffes, der Moment der historischen Zusammenbehörigkeit des etwa auf mehrere jener Principien sich vertheilenden Rechtsstoffes eine maaßgebende Bedeutung. Ueberblickt man aber von diesem Gesichtspunkte aus den in Betracht kommenden Rechtsstoff, so ergiebt sich, wie zunächst der dem zweiten und vierten Principe unterfallende Stoff unter einem gemeinsamen höheren Gesichtspunkte sich zusammenfassen läßt und wie namentlich ein einiges Centrum gegeben ist, um welches herum alle die niederen Positionen jener beiden Principien je der aequitas und des rigor gemeinschaftlich sich gruppiren. Dies ist auf Seiten des rigor der solenne Rechtsact: der in certa, solennia, directa verba gekleidete Act, auf Seiten der aequitas dagegen der unsolenne Rechtsact: der auf nuda voluntas oder nudus consensus gestellte Act, welcher dort, wie hier die centrale Größe ergiebt oder den Mittelpunkt, an welchen gleichmäßig und übereinstimmend alle Positionen des zweiten, wie des vierten Principes sich anlehnen (§ 1). Dies aber rechtfertigt, daß wir beide Principien zusammenfassend im ersten Buche zur Darstellung bringen.

Ein ähnliches Verhältniß waltet sodann ob rücksichtlich des dritten und fünften Principes, wo in entsprechender Weise zwei Centren gegeben sind, welche die Anknüpfungs- und Mittelpunkte für die entgegengesetzten Positionen von aequitas und rigor bilden: das iudicium und dergl. oder später die stricti iuris actio oder condictio oder auch das stricti iuris negotium, und das arbitrium oder später die bonae fidei actio oder auch das bon. fid. negotium (§ 65). Und dies wiederum gestattet, jene beiden Principien im zweiten Buche zusammenzufassen.

So daher fällt nun nach dem Obbemerkten dem erſten, wie dem zweiten Buche die Aufgabe zu, vor Allem in einer erſten Abtheilung die Unterſätze an ſich zu entwickeln, welche, um die gemeinſamen Mittelpunkte je des actus solennis und des nudae voluntatis actus, wie je von stricti iuris und von bon. fid. negotium oder actio herum ſich gruppirend, die bezüglichen obbezeichneten Principien tragen und in ſich verwirklichen; ſodann aber in einer zweiten Abtheilung eine Darſtellung der geſchichtlichen Verhältniſſe jener niederen Princip-Sätze oder, was daſſelbe beſagt, eine Darſtellung der hiſtoriſchen Entwickelung des ſolennen und unſolennen Actes, der stricti iuris und bon. fid. actio ſammt den an dieſelben ſich anlehnenden verwandten Bildungen zu geben. Und zwar iſt der Stoff dieſer letzteren und rechtsgeſchichtlichen Unterſuchung wiederum nach den drei Perioden abgegränzt, welche bereits in Thl. I und II feſtgehalten ſind, mit der geringen Abweichung jedoch, daß als Endpunkt der zweiten Periode nicht die Mitte des dritten Jahrhunderts, als vielmehr der Beginn der Alleinherrſchaft Conſtantin's d. Gr. geſetzt iſt, eine zeitliche Differenz, die, ohne Einfluß auf die in Thl. I und II behandelten Lehrgegenſtände, für den Stoff des gegenwärtigen Theiles dagegen von Wichtigkeit iſt, da hier von und mit Conſtantin ein tief- und weitgreifender Umſchwung in der römiſchen Rechtsentwickelung beginnt.

Endlich das erſte Princip: die sanguinis ratio bildet für ſich allein das Thema des dritten Buches; allein hier wiederum hat der Verfaſſer eine weſentlich verſchiedene Behandlung des rechtshiſtoriſchen Stoffes wählen zu ſollen geglaubt. Während nämlich innerhalb des erſten und zweiten Buches, wie dargelegt, je einheitliche Centren gegeben waren, durch welche die Peripherie der betreffenden Principien ſcharf begränzt und abgeſchloſſen ward, und während ſomit dort die Geſchichte der Principien zu einer Geſchichte jener centralen hiſtoriſchen Größen ſich geſtaltete, ſo fehlen nun für die sanguinis ratio derartige einheitliche Mittelpunkte: weder das Inteſtaterbrecht, noch das Familienrecht, noch irgend welche andere Partie des Rechtsſyſtemes bietet dergleichen, indem es alle Kundgebung jenes Principes erſchöpfend in ſich aufnähme und umfaßte: es

repräſentirt vielmehr jene sanguinis ratio ein Verwandtſchafts-Recht in untechniſcher und allgemeinſter Bedeutung. Daher fehlt die einheitliche, ſyſtematiſche und hiſtoriſche Größe ſelbſt, welche, die sanguinis ratio tragend, in ihren hiſtoriſchen Schickſalen die hiſtoriſche Entwickelung dieſes Principes darböte. Vielmehr ſind es nur vereinzelte Rechtsſätze, die, auf manichfache Rechtsinſtitute ſich vertheilend, die Geſchichte dieſes Principes ergeben. Dies aber macht eine wahrhaft rechtshiſtoriſche Darſtellung des von dieſem Principe beherrſchten Stoffes unmöglich, weil die mehreren bezüglichen Rechtsſätze unter ſich nur in einem hiſtoriſchen, nicht aber in einem ſyſtematiſchen Zuſammenhange ſtehen und inſofern iſolirt ſind. Denn die Satzungen der lex Cincia de donis ac muneribus und der lex Furia testamentaria über die exceptae personae, wie des honorariſchen Edictes über die Bon. Poss. ab intestato fallen zwar gleichmäßig in die Sphäre der sanguinis ratio und ſtehen auch unter ſich ſelbſt in einem rechtshiſtoriſchen Zuſammenhange, allein ſyſtematiſch ſind ſie unter einander genau ſo fremd, wie donatio, legatum und Bon. Poss. ab intestato. Der Verſuch daher, eine hiſtoriſche Darſtellung ſolchen Verwandtſchaftsrechtes zu geben, mußte an der inneren Unmöglichkeit der Aufgabe ſcheitern, denn es läßt ſich ein Mehreres nicht bieten, als eine Zuſammenſtellung der hiſtoriſch zuſammenbehörigen, ſyſtematiſch aber einander fremden, verwandtſchaftsrechtlichen Sätze. Daher wird dieſe Aufgabe weit zweckmäßiger in der Weiſe gelöſt, daß an den einzelnen principiellen Unterſatz unmittelbar das zubehörige hiſtoriſche Material angeknüpft wird. Demgemäß aber enthält das dritte Buch nicht eine eigene dogmatiſche und eine eigene hiſtoriſche Abtheilung, als vielmehr es bietet lediglich eine dogmatiſche Darlegung der mehreren Unterſätze der sanguinis ratio, mit deren jedem zugleich das betreffende rechtshiſtoriſche Material unmittelbar verbunden iſt. Und dies nun bedingt wieder, daß dieſes dritte Buch an äußerem Umfange ſo bedeutend verliert.

Erſtes Buch.

Die Principien der Suprematie von Wort oder Wille.

Erſte Abtheilung.

Die einzelnen Poſitionen der Principien.

§ 1.

Die Principien an ſich von rigor und aequitas.

In Thl. I § 66. 69. 70. 72. 79, wie Beilage VII § 8. 10. 19. 21 iſt nachgewieſen, wie die Rechtswiſſenſchaft der zweiten und die Legislation der dritten Periode hinſichtlich des Rechtsactes zwei Principien der aequitas anerkennt, welche nach Maaßgabe der Quellen ſich beſtimmen als Princip der Aufrechterhaltung derjenigen Verpflichtungen, die man im rechtlichen Verkehre durch Treu und Glauben geboten erachtete (Princip II), und als Princip der Freiheit der Willenserklärung von poſitiv und geſetzlich gegebener Form, wie überhaupt der Prävalenz der Willensbeſtimmung gegenüber der Willenserklärung (Princip IV). Die hiſtoriſche Darſtelluug dieſes Theiles hat jedoch beide Principien am zweckmäßigſten zuſammenzufaſſen, weil beide ebenſowohl je in einem gemeinſamen hiſtoriſchen Centrum zuſammentreffen: dem an certa, solennia, directa verba gebundenen Act auf Seiten des rigor als dem ſolennen Rechtsacte, und dem auf nuda voluntas oder nudus consensus geſtellten Act auf Seiten der aequitas als dem unſolennen Rechtsacte, wie auch in Wahrheit auf einen gemeinſamen

obersten Gesichtspunkt sich zurückführen lassen und zwar auf Seiten der aequitas auf das Princip einer Suprematie des Willens über das Wort, und auf Seiten des rigor der Suprematie des Wortes über den Willen.

Zunächst nämlich, was den Gegensatz des solennen und unsolennen Actes betrifft, so beruht derselbe auf der Verschiedenheit der Kategorieen, denen die constitutiven Merkmale des Actes entnommen sind. Denn indem für den solennen Rechtsact eine Wortformel kategorisch vorgeschrieben ist, in welche derselbe zu kleiden ist: verba certa, solennia, directa oder dergl. (A. 12—14) und auf die Besonderheit solcher Formel zugleich die Individualität des betreffenden Actes gestützt ist, so ist nun solche solenne Formel das wesenbestimmende Merkmal des solennen Rechtsactes und es ist sonach die Kategorie der Form, welcher dieses Criterium entnommen ist (§ 34). Dahingegen bei dem unsolennen Rechtsacte, indem die Willenserklärung auf nuda voluntas oder nudus consensus gestellt, (A. 134) d. h. innerhalb der Gränzen des Gemeinverständlichen an keine Schranke bezüglich der zu wählenden Ausdrucksform gebunden ist, sind es nun reale Merkmale, auf welche die Art- und Individualitäts-Bestimmung des Actes gestützt wird. Und zwar sind dies theils personale Verhältnisse, wie z. B. bei Verlöbniß, Eheschließung u. dergl., theils und vornämlich auch die volkswirthschaftlichen Proportionen der pecuniären Interessen, wie solche im nationalen Lebensverkehre hervortreten und von der Nationalanschauung anerkannt sind, so z. B. als donatio, emtio venditio, locatio conductio (§ 37). Dahingegen ist dieser Classification gegenüber gänzlich irrelevant das weitere Moment, ob für den unsolennen Rechtsact eine besondere Geschäftsform gesetzlich erfordert wird, wie z. B. für donatio, oder nicht vorgeschrieben ist, wie z. B. bei emtio venditio, indem durch solches Erforderniß der unsolenne Rechtsact durchaus nicht in einen solennen sich verwandelt: denn bei dem solennen Geschäfte sind die Geschäfts-Formen selbst zu Geschäfts-Figuren erhoben, wogegen bei dem unsolennen Geschäfte Geschäfts-Proportionen zu Geschäfts-Figuren construirt sind, zu denen nun Geschäfts-Formen noch als etwas Aeußeres und Accessorisches hinzutreten können (§ 64).

Sodann aber jenes oberſte und allgemeinſte Princip von rigor und aequitas umfaßt wiederum zwei niedere Hauptſätze, in denen es ſich kund giebt.

Zuerſt nämlich in Bezug auf die Willenserklärung, ſomit das äußerliche Element des Rechtsactes ſtellt der rigor den Satz auf: die juriſtiſche Willenserklärung iſt ein dictum, und hat ſomit ſich kund zu geben in der Form des Wortes: verbum. Dies beſagt, daß das nuncupative Wort die juriſtiſch nothwendige Form der Willenserklärung bildet. Indem nun dieſer Satz bezüglich des ſolennen Rechtsactes Platz greift und hier das nuncupative Wort nicht einmal der unbeſchränkt freien Wahl des Handelnden überlaſſen, vielmehr gewiſſen rechtlichen Anforderungen unterworfen iſt, welche jene freie Wahl beſchränken und eine gewiſſe Beſchaffenheit des geſprochenen Wortes beanſpruchen, ſo können wir nun mit Rückſicht hierauf die ſo beſchaffene Willenserklärung als legales Wort prädiciren; und danach ergiebt ſich nun als erſte Hauptpoſition des rigor: das legale Wort iſt weſentliche Form der juriſtiſchen Willenserklärung oder, was daſſelbe beſagt, die legal nuncupative Form iſt weſentliches Merkmal des Rechtsactes. Daher wird in abstracto nur der nuncupativ formale Act vom rigor als Rechtsact anerkannt, während in concreto der Formfehler oder die juriſtiſch vitiöſe Willenserklärung die Nichtigkeit des Rechtsactes zur Folge hat. Dieſer Satz ward allerdings frühzeitig inſoweit modificirt, als durch die Aufnahme des Litteralcontractes und ſpäterhin auch noch anderer documentaler Geſchäftsformen neben das nuncupative auch das litterale Wort trat; allein nicht nur daß dieſe Geſchäftsformen insgeſammt erſt jüngeren Datums und überdem, was den Litteralcontract betrifft, aus fremder, nämlich großgriechiſcher Rechtsſphäre dem römiſchen Rechte zugeführt worden ſind (§ 32), ſo gewinnen auch dieſelben für den rigor doch nur inſoweit eine principielle Bedeutung, als damit neben das dictum auch das scriptum als legale Willenserklärung trat, im Uebrigen aber gleichem Geſetze, wie Jenes unterliegend.

Dieſem Principe des rigor tritt die aequitas gegenüber mit dem Satze: die Willenserklärung iſt ein actum und dieſes actum hat ſich kundzugeben in der Form ſinnlich wahrnehm-

baren Thatbeſtandes: res. Dies beſagt, daß die Modalität, wie Form der Willenserklärung innerhalb der Gränzen des Gemeinverſtändlichen ganz der freien Wahl des den Rechtsact Vollziehenden überlaſſen iſt, ſo daß demnach die Willenserklärung auch von jeder Feſſel des Wortes befreit und dem letzteren jede beliebige, ſomit alſo eine juriſtiſch unformale Willensäußerung ſubſtituirt iſt. So daher ſtellt ſich dem rigor als erſte und zwar conträre Hauptpoſition der aequitas gegenüber: die unformale Willensäußerung iſt die zureichende Form der juriſtiſchen Willenserklärung. Hierin liegt zugleich die Negation, daß das Weſen des Rechtsactes nicht in einer nuncupativen oder ſonſtigen Form beruht, vielmehr auch der unformale Act Rechtsact ſein kann. Und zwar kommt dieſer Satz der aequitas zur Geltung bei dem unſolennen Acte.

So daher treten in dieſer erſten Poſition einander gegenüber das dictum oder scriptum oder dergl. und das actum oder dergl., ſowie das verbum und die res, als die zwei antiken Begriffe, welche zuſammen adäquat ſind dem einheitlichen modernen Begriffe der Willenserklärung, welchen ſelbſt das Alterthum nicht kennt. Und ſo zwar bei

Cic. de Off. I, 7, 23: dictum — conventum;

Lab. 4 Post. a Javol. epit. (D. XVIII, 1, 78. pr.): actum — scriptura;

Pomp. 9 ad Sab. (D. XVIII, 1, 6. § 1): actum — dictum;

Paul. 4 ad Plaut. (D. XLVI, 3, 6): ordo scripturae — quod agi videtur;

Modest. de Heuremat. (D. XXXIII, 2, 19): scriptura — peractum;

Diocl. et Max. im C. Just. IV, 22, 4: actum — scriptum; c. 3: scriptum — gestum;

ſowie

Cic. pro Caec. 27, 77: res et sententia et aequitas — verbum ac littera; 28, 79. 30, 86: res et sententia — verbum; 21, 59. de Orat. I, 57, 243: res — verbum;

Gloſſem in Cic. de Off. I, 13, 40: verba — res;

Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 3, 41. § 1): res — verba [1]).

Sodann der andere Beſtandtheil des Rechtsactes iſt die Willensbeſtimmung, deſſen reales Element, welches durch das Mittel der Willenserklärung ſinnlich wahrnehmbar gemacht wird. Wenn gleich nun das berufsmäßige Verhältniß zwiſchen Willens-Erklärung und -Beſtimmung das einer Uebereinſtimmung iſt, in der Weiſe, daß beide einander adäquat, wie congruent ſind, ſo waltet doch erfahrungsmäßig nicht immer ſolches ordnungsmäßige Verhältniß zwiſchen beiden ob und hierdurch nun wird das Recht veranlaßt, ja genöthigt zu

---

1) Wegen res — verba in anderem Sinne ſ. A. 135. — Wegen Actum insbeſondere ſ. Aquilius bei Cic. de Off. III, 14, 60. Cic. pr. Caec. 29, 83. 85; de N. D. III, 30, 74. Top. 9, 40; Trebat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 17. § 2); Serv. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 2) und bei Lab. 5 Post. (D. XVIII, 1, 80. § 2); Alfen. Var. 4 Dig. (D. XVIII, 1, 40. § 3); Lab. bei Javol. 4 ex Post. Lab. (D. XVIII, 1, 77); Cels. 12 Dig. bei Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIII, 3, 7. § 2), 26 Dig. (D. XXXIV, 5, 26); Proc. 5 Epist. (D. L, 16, 125); Jul. bei Ulp. 31 ad Sab. (D. XLI, 9, 1. § 2), 10 Dig. (D. XII, 1, 19. pr.); Scaev. 5 Resp. (D. XLV, 1, 135. pr); Pomp. 9. 33 ad Sab. (D. XVIII, 1, 8. § 1. fr. 33), 36 ad Qu. Muc. (D. XLIV, 7, 57), bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 5. § 5; Gai. de Form. hyp. (D. XXII, 4, 4), Papin. 2 Quaest. (D. XLV, 1, 115. § 2); Ulp. 31. 45. 49. 50 ad Sab. (D. XXIII, 3. 9. § 3. L, 17, 34. XLV, 1, 38. § 18. fr. 41. pr.), 26. 32. 76 ad Ed. (D. V, 1, 61. pr. XIX, 1, 11. § 1. XLIV, 4, 2. § 4); Paul. Not. zu Lab. 1. 2 Pith. (D. XIV, 2, 10. pr. XVIII, 4, 25), 14 ad Plaut. (D. XXXIV, 5, 21), 2 Jnst. (D. XLIV, 7, 3. § 1), 3. 72 ad Ed. (D. II, 14, 27. § 9. XLV, 1, 83. § 1), Sent. rec. I, 8, 1. Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 1); Modest. de Heurem. (D. XXXIII, 2, 19); Callistr. 2 Quaest. (D. XXIII, 3, 8) u. a. m. Jn dem Edict findet ſich agere, gerere, contrahere nach Dig. L. 16, 19. und actum contractumve in Dig. IV, 5, 2. § 1, dagegen gestum in Dig. IV, 2, 1. und XLII, 8, 1. pr. Anderer Begriff von actum ſ. A. 3. — Der Begriff der Prävalenz wird ausgedrückt durch valet oder plus valet, ſo Cic. p. Caec. 28, 81. Top. 25, 96. Modest. de Heurem. (D. XXXIII, 2, 19), Diocl. et Max. in C. Just. IV, 22, 4. Rubr. C. Just. IV, 22; oder durch spectari, perspici, inspici, ſo Papin. 2 Resp. (D. L, 19, 219), Paul. 4 ad Plaut. (D. XLVI, 3, 6), Valer. et Gall. in C. Just. IV, 22; 1. Diocl. et Max. daſ. c. 3; oder durch sequendum est, ſo Cic. Part. Or. 31, 108. Serv. bei Lab. 5 Post. a Jav. epit. (D. XVIII, 1, 80. § 2), Scaev. 7 Epist. (D. L, 16, 116), Pomp. 9 ad Sab. (D. XVIII, 1, 6. § 1), Ulp. 45. 50 ad Sab. (D. L, 17, 34. XLV, 1, 41. pr.).

einer Entſcheidung darüber, welchem von beiden Elementen die maaßgebende Bedeutung und ſomit die Prävalenz über das andere zukomme, welches von beiden daher die wahrhaft rechtsverbindliche Potenz ſei. Hier nun entſcheidet der rigor dahin, daß die Willenserklärung das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes iſt. Und da nun nach Maaßgabe der erſten Poſition die Willenserklärung in das legale Wort ſich kleiden muß, ſo ergiebt ſich hieraus als zweite Hauptpoſition des rigor: das legale Wort eines Willensfähigen: verba, dictum, scriptum, *ῥητόν* u. dergl. iſt das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes.

Dagegen die aequitas ſtellt das entgegengeſetzte Princip auf: die Willensbeſtimmung iſt das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes, wogegen der Willenserklärung lediglich der Werth und die Bedeutung eines einfachen Offenbarungs- wie Erkenntniß-Mittels der Willensbeſtimmung zukommt. Demnach ſtellt ſich dem rigor als zweite und zwar conträre Hauptpoſition gegenüber: die Willensbeſtimmung eines Willensfähigen, voluntas, sententia, mens, *διάνοια* u. dergl., deren Kundgebung als actum vorausgeſetzt, iſt das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes.

So daher treten in der Sphäre dieſer zweiten Poſition als die verſchiedenen rechtsverbindlichen Elemente des Rechtsactes einander gegenüber verba, vox, dictum, quod loquitur, litterae, scriptum, *ῥητόν*, *γραμμάτικα* oder dergl. und voluntas, quod vult, quod intelligitur, de quo cogitat, sententia, sensus, quod sentit, consilium, mens, placitum, *γνώμη*, *διάνοια* u. dergl. neben aequum et bonum. Und ſo zwar zunächſt in der techniſchen Bezeichnung des einen Interpretationsfalles als scriptum et voluntas, scriptum et sententia, verba et sententia, *ῥητὸν καὶ ὑπεξαίρεσις* oder *διάνοια*, wofür die Belege ſ. Beil. XVII A. 21; und ſodann bei

Auct. ad Her. II, 10, 14: verba et litterae — voluntas;
Cic. p. Caec. 18, 51: verba — consilium; § 52: verba — id, quod ex verbis intelligi potest; 27, 77: res et sententia et aequitas — verbum ac littera; Part. Or. 39, 136: consilium atque mens — verba ac litterae; de Inv. II, 47, 140: verba — voluntas; 48,

141: sententiae — verba; § 143: consilium scriptoris — verba; litterae — voluntas; de Off. I. 41, 147: quid loquatur — quid sentiat; ſowie die weiteren in Thl. I, 42 citirten Stellen;

Gloſſem bei Cic. de Off. I, 13, 40: quid senseris — quid dixeris;

Ov. Met. XV, 682: praestant et mente et voce favorem;

Pseudo-Quint. Ded. 260: lex, quae recitata est — voluntas eius; 264: verba legis ac scripti — legis voluntas; 308: verba — legis voluntas;

Liban. Decl. X. II, 371 D. Mor.: *τὰ γραμμάτικα — ἡ διάνοια;*

Trebat. bei Pomp. 3 ad Sab. (D. XLI, 1, 19): quid senserit — quid fecerit; bei Proc. 2 Epist. (D. XXXIII 7, 15): sensus testatoris — verborum;

Jav. 7 Epist (D. L, 16, 116): verborum figura — mens testantis;

Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2): vox — mens; 26 Dig. (D. I, 3, 17): verba legis — vis ac potestas; 33 Dig. (D. I, 3, 19): vox legis — voluntas legis;

Jul. 1 ad Urs. Fer. (D. XXX, 1, 104. pr.): significatio verborum — voluntas;

Scaev. 18. 20 Dig. (D. XXXII, 1, 37. § 2. fr. 39. pr.) verba — voluntas;

Pomp. bei Ulp. 3 ad Ed. (D. II, 1, 7. § 2): verba — sententia;

Gai. III, 76: voluntas — verba;

Papin. d. Adult. (D. XLVIII, 5, 11. § 5) und bei Marc. ad S. C. Turp. (D. XLVIII, 46, 1. §. 13): verba — sententia; 2 und 8 Resp. (D. L, 16, 219. XXXV, 1, 101. pr.): voluntas — verba; ebendaſ. (D. XXXI, 1, 77. § 12): ordo scripturae — causa voluntatis;

Tryph. 13 Disp. (D. XXVI, 6, 4. § 1. 4): verba — sententia; 19 Disp. (D. XXXVII, 4, 10. § 1): edicti verba — mens praetoris;

Ulp. 5 ad Sab. (XXVIII, 5, 9): scribere — voluntas, velle; 24 ad Sab. (D. XXXIV, 4, 3. § 9): sensus — verba und daſ. (D. XXXIII, 9, 1): mens — verba;

13 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2. § 40) und 3 ad Ed. (D. L, 16, 6. § 1): verba — sententia; 4 ad Ed. (D. I, 3, 30): *ῥητόν — διάνοια;* 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 5): loqui — mens; 19 Disp. (D. XXXVII, 4, 20. § 1): edicti verba — mens praetoris;

Paul. ad l. Cinc. (D. I, 3, 29) und ad S. C. Libon. (D. XLVIII, 10, 22. § 8): verba — sententia; 4 Epit. Alf. (D. X, 4, 19): verba — mens; 14 Quaest. (D. XXXIV, 5, 3): dicere, loqui — velle;

Marcian. 1 de Publ. iud. (D. XLVIII, 5, 33. § 1): sententia — verba;

Modest. 10 Resp. (D. XL, 4, 44): contextus verborum scripturae — mens testatricis; 4 Exc. (D. XXVII, 1, 13. § 2): *τὸ ῥητὸν τοῦ νόμου — γνώμη τοῦ νομοθέτου.*

Anton. Pius bei Callistr. 1 Quaest. (D. XLVIII, 10, 15. § 3): sententia — scriptura;

Carac. in C. Just. IX, 9, 3: verba — sententia;

Car. Carin. et Numer. in C. Just. VI. 42, 16: voluntas — verba [2]); vgl. Ulp. fr. XXV, 1: rigor iuris civilis — voluntas.

---

2) Wegen des Gegenſatzes von aequum et bonum und verba, verbum, scriptum ſ. Thl. I, 41 fg. — Im Einzelnen bieten als Bezeichnung der juriſtiſchen Willensbeſtimmung voluntas: Quint. III, 6, 87. 99. VII, 6, 10. 12. 8, 7. 10, 6. Decl. 260. S. C. Trebell. in Dig. XXXVI, 1, 1. § 2. Tubero bei Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2); Javol. 2 Post. Lab. (D. XXXII, 1, 29. § 4); Cels. 29. 33 Dig. (D. I, 3, 18. 19); Jul. 29 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. pr.); Afric. 5 Quaest. (D. XXXV, 2, 88. pr. § 1); Pomp. bei Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 12); Gai. 2 Aur. (D. XLI, 1, 9. § 3); Papin. 2. 18 Quaest. (D. XLV, 1, 115. § 2. XXX, 1, 90. pr.), 2 Resp. (D. XXXI, 1, 77. § 15); Ulp. 18. 23. 24 ad Sab. (D. VII, 1, 15. § 6. XXXIII, 6, 9. § 2. XXXIII, 9, 1.), 5 de Omn. Trib. (D. XLII, 2, 6. § 2), 5 Disp. (D. XXXV, 1, 19. pr.), 2. 5 Fideic. (D. XXXVI, 1, 17. § 4. XXXV, 1, 92); Paul. 3 ad Sab. (D. L, 17, 12), 6 Quaest. (fr. Vat. 227), 16 ad Plaut. (D. L, 17, 179); Modest. de Heurem. (D. XXVIII, 6, 4. § 2). Affectus: Javol. 12 Ep. (D. XLIV, 7, 55); Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 2, 3. § 3). Affectio: Paul. 1 ad Plaut. (D. L, 17, 168), 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 2). Animus: Boeth.

Zum Dritten endlich hat die aequitas die pſychiſche Beſchaffenheit der Willensbeſtimmung beim Rechtsacte in Betracht

---

m Top. p. 378. Or. Javol. 12 Ep. (D. XLIV, 7, 55), Gai. III, 91. Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 2, 3. § 3) u. a. m. Ψυχή: Theoph. Par. II, 1, 40. Mens: Alf. Var. 7 Dig. (D. XL, 1, 7); Lab. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 2, 41. XXXV, 1, 40. § 5), bei Paul. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 20. § 1), 2 Pith. (D. XXIV, 1, 67); Jav. 2. 3 ex Post. Lab. D. XXXV, 1, 40. § 3. XXXIV, 5, 28); Cels. 12. 19 Dig. (D. XXXVIII, 1, 30. XXXIII, 10, 7. § 2) und bei Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXIII, 6, 3. § 1); Jul. 17. 18. 44 Dig. (D. XXXIX, 5, 1. pr. XII, 1, 20. XLI, 2, 38. pr. XLI, 9, 37. § 6), 2 ex Min. (D. XLI, 2, 39) und bei Ulp. 31 ad Sab. (D. XLI, 9, 1. § 2); Scaev. 4 Resp. (D. XXXV, 2, 25. § 1), 19 Quaest. (D. XXIV, 3, 47); Pomp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 29), 4 ad Qu. Muc. (D. XXXIV, 2, 33. XLV, 1, 110. § 1) und bei Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 12); Tryphon. 4 Disp. (D. XLIX, 15, 12. § 8); Ulp. 21. 22. 23. 24. 25. 33. 44 ad Sab. (D. XXX, 1, 41. § 12. fr. 47. § 1. XXXIII, 6, 9. pr. XXXIV, 3, 5. pr. L, 17, 17. XXX, 1, 50. § 3, XXXIII, 8, 6. § 3. XXIV, 1, 32. § 16. XXXIV, 2, 25. § 11, 4. 7 Disp. (D. XXVIII, 6, 24. XLV, 1, 52. pr.), 5 fideic. (D. XL, 5, 30. § 4), 17. 29 ad Ed. (D. XXXVI, 1, 37. pr. XIV, 6, 7. § 4); Paul. 11 ad Plaut. (D. L, 16, 80), 33 ad Sab. (D. XXX, 1, 49. § 3), 21 ad Ed. (D. L, 16, 28. § 1). Sententia: Cic. de Inv. II, 49, 147. Serv. bei Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2); Sabin. bei Pap. 2 Quaest. (D. XLV, 1, 115. § 2); Jul. 15 Dig. (D. I, 3, 12); Maecian. 12 fideic. (D. L, 17, 96); Scaev. 20 Dig. (D. XXXII, 1, 39. pr.); Pap. 6. 9 Resp. D. XXIX, 4, 27. § 1. 2. XL, 8, 8), 16 Quaest. (D. XXIX, 4, 26 pr.); Ulp. 6 ad Ed. (D. III, 2, 13. § 3); Paul. 9 ad Plaut. (D. XXXV, 1, 44. § 9); Mac. 1 Publ. (D. XLVIII, 5, 24. § 3). De quo sentit: Serv. bei Pomp. 2 ad Sab. (D. V, 1, 80); Alf. Var. 5 Dig. (D. XXXV, 1. 27: animo sentire); Lab. bei Jav. 1 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 39. § 1); Cass. bei Paul. 9 ad Plaut. (D. XXXIV, 2, 8); Proc. 3 Ep. (D. L, 16, 125); Marcell. Resp. (D. XXXII, 1, 69. pr.); Jul. 69 Dig. D. XXXV, 1, 25); Scaev. 2 Resp. (D. XIX, 1, 48); 17 Dig. (D. XXXII, 1. 35, § 2); Gai. 2 de Leg. (D. XXXV, 1, 17. pr. § 1); Ulp. 20. 21. 23 ad Sab. (D. XXXV, 1, 9. XXX, 1, 32. § 1. fr. 37. § 1. XXXII, 1, 30. XXXIII, 6, 9. pr. XXXIV, 3, 5. § 3), 4 fideic. (D. XXXVI, 1, 16. pr.); Paul. 6. 10 Quaest. (fr. Vat. 227. D. XXXIII, 2, 26. pr.), 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 1), Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 1); Marc. 6 Inst. (D. XXXV, 1, 33. § 1); Modest. 1 Reg. (D. XXXIV, 5. 27), 2 Pand. (D. XXVIII, 5, 62. § 1), de Heurem. (D. XXVIII, 6, 4. § 2); Gord. in C. Just. VI, 23, 4. vgl. Ulp. 50 ad Sab. (D. XLV, 1, 41. pr.): quid forte senserit hoc est quid inter eos acti sit. De quo cogitat: Marcell. 3. 11 Dig. (D. XLV, 1, 94. XXXIV, 5, 27); Pap. 1 Def. (D. II, 15, 5); Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 37. § 1). Placitum:

gezogen. Denn erfahrungsmäßig erleidet der Proceß der Willensemotion, welcher zum Abſchluſſe oder zur Conſolidirung einer Willensbeſtimmung führt, mitunter gewiſſe Störungen, namentlich inſofern ſolche Willensbeſtimmung bald durch ſelbſteigene unwahre Vorausſetzungen des Handelnden, bald durch Einwirkungen Dritter beeinflußt wird: error, dolus und vis der Quellen. Dieſe Störungen heben ſomit nicht die Willensbeſtimmung ſelbſt auf und berühren demnach nicht deren Exiſtenz: denn trotz error, dolus und vis ſchließt eine wirkliche Willensbeſtimmung ſich ab; vielmehr betreffen ſie lediglich die Qualität derſelben: error, dolus und vis machen die wirkliche Willensbeſtimmung zu einer nicht wahren. Während daher innerhalb der Sphäre der zweiten Poſition vom Standpunkte der aequitas aus die Exiſtenz der Willensbeſtimmung in Betracht kam und über dieſe Frage jene Poſition nicht hinausgriff, ſo betrifft dieſe dritte Poſition die Qualität der Willensbeſtimmung: deren Wahrheit oder, wie man auch ſagt, deren Freiheit. In Bezug hierauf ergiebt ſich nun aus der obigen zweiten Poſition des rigor: das legale Wort iſt das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes, die einfache Conſequenz, daß die die Willensbeſtimmung beeinfluſſenden error, dolus und vis ganz außerhalb des Horizontes der juriſtiſchen Betrachtung liegen: denn wenn jene Poſition des rigor ſogar die Exiſtenzfrage bezüglich der Willensbeſtimmung beim Rechtsacte ausſchließt, ſo kann noch weit weniger die pſychiſch mangelhafte Beſchaffenheit ſolcher Willensbeſtimmung von deſſen Standpunkte aus maaßgebend in Betracht kommen; oder mit anderen Worten: wenn der rigor die legale Willenserklärung als rechtsverbindlich anerkennt, ſelbſt wenn der darin offenbarte Denkinhalt gar nicht die wirkliche Willensbeſtimmung des Redenden verlautbart, ſo iſt damit

Pap. 3. 4. 11 Resp. (D. XVII, 1, 7. XXIII, 4, 26. § 4. XLVI, 3, 96. § 2), 7 Quaest. (D. VIII, 1, 4. pr.) und bei Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 2, 20. § 3); Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 1. § 2); Hermog. 1. 2 Jur. Epit. (D. II, 15, 16. V, 1, 53. II, 14, 45. XXI, 2, 74. pr.); Carac. in C. Just. II, 56, 1. Sev. Alex. daſ. II, 3, 11. IV, 6, 2. IV, 47, 1. Gord. daſ. II, 4, 7. Diocl. et Max. daſ. II, 3, 27. 28. II, 4, 14. 17. 34. III, 36, 15. III, 38, 6. IV, 10, 3. IV, 38, 10. IV, 64, 3—5. 7. VII, 16, 8. 36. VIII, 54, 22. Arcad. et Hon. in C. Th. XV, 14, 9. Val. et Valent. in Cons. vet. JCti c. 9.

ohne Weiteres die Frage abgeſchnitten, ob die durch die Willenserklärung offenbarte wirkliche, aber nicht wahre Willensbeſtimmung etwa nicht rechtsverbindlich ſei. Daher ergiebt der rigor bezüglich der Wahrheit der Willensbeſtimmung überhaupt keinen eigenen Principſatz, als vielmehr lediglich die principielle Conſequenz der zweiten Poſition, daß error, dolus und vis in ihrem Einfluſſe auf die Willensbeſtimmung juriſtiſch gar nicht in Betracht kommen können oder irrelevant ſein müſſen (§ 14).

Dagegen die aequitas, indem ſie das Princip aufſtellt, daß die Willensbeſtimmung das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes iſt, eröffnet damit der Betrachtung den Raum und die Möglichkeit, auch der Wahrheit der Willensbeſtimmung einen juriſtiſchen Werth beizumeſſen. Und indem nun Letzteres in der That im römiſchen Rechte geſchehen iſt, ſo gelangt nun hiermit die aequitas zu der dritten Poſition: die Wahrheit oder Freiheit der Willensbeſtimmung beim Rechtsacte iſt weſentliches Erforderniß ihrer rechtsverbindlichen Kraft.

Alle die dargelegten drei Gruppen von Poſitionen ſtehen unter ſich zwar nicht in einem weſentlichen Zuſammenhange, wohl aber in einer hiſtoriſchen und ſpeculativ ſehr nahe liegenden Berührung: ſie beeinfluſſen ſich gegenſeitig in ihrer hiſtoriſchen Entwickelung.

Die erſten beiden Poſitionen verzweigen ſich aber nach unten hin wiederum in eine Mehrheit von noch ſpecielleren Sätzen, welche ſelbſt unmittelbar jene allgemeineren Poſitionen ergeben und für uns nun das Thema eingehender Erörterung, wie des hiſtoriſchen Beweiſes bilden.

Und zwar zunächſt die die Willenserklärung an ſich betreffenden Poſitionen von rigor und aequitas gewinnen vom Geſichtspunkte des rigor aus eine verſchiedene Stellung für Rechtsacte im Allgemeinen, und ſodann für zweiſeitige Rechtsgeſchäfte im Beſonderen. Und hiernach nun verzweigt ſich die erſte Poſition des rigor in die beiden Unterſätze:

1. das legale Wort iſt die Form der juriſtiſchen Willenserklärung im Allgemeinen: § 2;
2. die conſonirenden Worte ſind die Form des zweiſeitigen Rechtsgeſchäftes: § 3;

woneben endlich die Kundgebung dieſes Principes bei correſpondirenden Rechtsgeſchäften in § 4 in Betracht gezogen wird.

Dahingegen die aequitas tritt dem gegenüber mit den correſpondirenden beiden Sätzen: die unformale Willensäußerung iſt die Form oder der Modus

1. der juriſtiſchen Willenserklärung im Allgemeinen: § 15;
2. des zweiſeitigen, wie des correſpondirenden Rechtsgeſchäftes: § 16.

Sodann aber die das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes betreffenden Poſitionen treten nicht minder, entſprechend den obigen Sätzen, wieder in zwei niederen Theſen zu Tage, und zwar auf Seiten des rigor:

1. das legale Wort iſt das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes im Allgemeinen: § 5; und
2. die conſonirenden Worte ſind das rechtsverbindliche Element des zweiſeitigen Rechtsgeſchäftes: § 6;

wogegen die aequitas die beiden Sätze gegenüberſtellt:

1. die Willensbeſtimmung iſt das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes im Allgemeinen: § 17; und
2. der Conſens iſt das rechtsverbindliche Element des zweiſeitigen Rechtsgeſchäftes: § 18.

Und beide Paare von Sätzen treten endlich noch in mannichfachen ſpecielleren Conſequenzen und Anwendungen zu Tage, die in § 7 und 19 näher darzulegen ſind.

Daneben tritt endlich auf Seiten der aequitas die dritte Poſition: nur die wahre Willensbeſtimmung iſt fehlerfreies rechtsverbindliches Element des Rechtsactes: § 29.

Erſtes Kapitel.

Der rigor und deſſen Poſitionen.

A. Das legale Wort als die Form der juriſtiſchen Willenserklärung.

§ 2.

1. Das legale Wort als die Form der juriſtiſchen Willenserklärung im Allgemeinen bei dem Rechtsacte.

Indem der rigor eine gewiſſe nuncupative oder reſp. litterale Form für den Rechtsact vorſchreibt, ſo wird damit das

ſo verlautbarte Wort zum weſentlichſten Merkmale des Actes erhoben und zum legalen Worte geſtaltet: das legale verbum oder dictum oder reſp. scriptum iſt nothwendige Form der juriſtiſchen Willenserklärung, ſomit aber weſentliches Element des Rechsactes (§ 1). Solches Requiſit ſelbſt tritt aber in einer zwiefachen Beziehung hervor, entſprechend hierin einem doppelten Elemente des concreten Rechtsactes. Denn in demſelben reproduciren ſich ebenſo die vom Rechte für ihn geſetzten Artmerkmale, ſomit ein dieſelben ausprägender ſpecifiſcher Thatbeſtand, wie anderntheils auch wieder der Act individuelle thatbeſtändliche Merkmale enthält, bedingt und gegeben durch den beſonderen Inhalt, welchen der Handelnde in den Act hineinlegte. Dieſer letztere Gehalt des Actes entzieht ſich aber bis zu einem gewiſſen Grade nothwendig der geſetzlichen Normirung, weil in ihm eben das individuelle Verkehrsintereſſe ſeinen Ausdruck findet, wogegen jenes erſtere Element des Actes allerdings in allen ſeinen einzelnen Momenten von dem Rechte geregelt wird, weil in dieſem wiederum die Artbeſtimmung des Actes enthalten iſt. Beruht daher die Weſenheit des Actes in der Form ſeiner Willenserklärung, ſo müſſen nun diejenigen Elemente der Form, welche die Artmerkmale des Actes bilden, von dem Rechte direct gegeben ſein: ſie ſind dem Handelnden kategoriſch vorgeſchrieben, ohne demſelben die Freiheit einer Wahl zu laſſen. Den ſo gegebenen Beſtandtheil des Actes nennen wir daher deſſen abſoluten Theil. Dahingegen diejenigen Elemente der Form, welche die individuelle Willensbeſtimmung des Handelnden verlautbaren, können nicht in ihren einzelnen Momenten in jener Weiſe vom Rechte vorgeſchrieben, ſondern höchſtens gewiſſen generellen Anforderungen unterworfen, im Uebrigen aber nur von dem Belieben des Handelnden abhängig ſein. Und dieſen Beſtandtheil nennen wir den diſpoſitiven Theil des Actes.

Und indem nun beide Beſtandtheile des Actes, der abſolute, wie der diſpoſitive, beide der nuncupativen Form unterliegend, zu einem einigen Ganzen verbunden werden, ſo beruht nun auf Beiden zuſammen der Begriff der actio[3]), d. i. ur-

3) Vgl. Beil. XII. § XXVII. Agere, actio in obiger Bedeutung tritt

ſprünglich des Rechtsactes, und weiterhin dann des Formulars für Jenen, welches ſpäterhin auch formula[4]) genannt wird; ſodann der lex d. i. der Rechtsordnung oder juriſtiſchen Satzung, ſei dies Geſetz oder Rechtsgeſchäft oder dergl., welche durch die actio geſetzt wird; wie endlich des carmen[5]) d. i. der gebundenen

---

auf: a. in dem alttechniſchen Ausdrucke agere cum populo, cum plebe, ſo Messal. de Auspic. bei Gell. XIII, 15, 4; die Antiqui bei Fest. v. nundinas p. 173. vgl. Becker, r. Alterth. II, 1, 358 fg. b. in der Inhaltsangabe vom Werke des App. Claudius de Usurpationibus bei Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. § 36); c. in dem Berichte über das ius civile Flavianum und reſp. Aelianum von Cic. ad Att. VI, 1, 8. de Orat. I, 41, 186. Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. § 7); d. in der Bezeichnung der venalium vendendorum leges des M. Manilius als Manilii actiones bei Varr. RR. II. 5, 11. 7, 6. e. in der Bezeichnung einer Sammlung von Teſtamentsformularen des Hostilius als Hostilianae actiones bei Cic. de Orat. 1, 57, 245. f. in der Bezeichnung des Werkes von Cosconius über ſtaatsrechtliche Acte als Actiones bei Varr. LL. VI, 9, 89. g. in dem Titel von des Ofilius libri actionum, ſ. Sanio, z. Geſch. d. r. Rechtswiſſ. 100. h. in vereinzelten Ausſprüchen, ſo Cic. p. Caec. 28, 81: quo consilio et qua sententia, — quibus verbis esset actum; Aquil. daſ. 27, 79: quidque verbis actum pronuntiatumque sit; Lab. 1 ad Ed. Praet. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 16, 19); Cels. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Sab. (D. XXIV, 1, 3. § 12); Gai. I, 119: mancipatio ita agitur; IV, 29: placebat hanc quoque actionem legisactionem esse; Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 1. § 3). Anders in A. 1.

4) Cic. Brut. 52, 195. de Leg. I, 4, 14. Top. 8, 33: stipulationem aut iudiciorum formulae; de Orat. I, 39, 180: testamentorum form.; 55, 236. II, 42, 178. p. Rosc. Com. 8, 24. in Verr. II, 60, 147. p. Mur. 13, 29. de Off. III, 14, 60. p. Quint. 8, 30. Liv. XXVI, 24, 6. XXXII, 33, 7. XXXIII, 38, 1. XXXVIII, 9, 10. XXXIX, 25, 6. 26, 2. 14. XL, 12, 20. XLIII, 6, 10. XLIV, 16, 7. XLV, 30, 8. Quint. J. O. III, 10, 1. VII, 4, 20.

5) Wegen lex ſind Belege entbehrlich; vgl. jedoch Rubino, Unterſuch. 352 f. — Wegen carmen: Cic. p. Rab. perd. 4, 13. p. Mur. 12, 26. Liv. I, 24, 6: lex horrendi carminis; III, 64, 10: rogationis carmen; V, 41, 3. X, 38, 10. 41, 3. XXXI, 17, 9. XXXIX, 15, 1: carmen precationis, 18, 3. Plin. H. N. XXVIII, 2, 12. Paneg. 63: carmen comitiorum. So auch carmen als Thema zum Auswendiglernen: Cic. de Leg. II, 23, 59. de Orat. I, 57, 245, und als Zauberſpruch, wie in den XII Taf. malum carmen. Das Merkmal metriſcher Conception liegt hier nirgends dem Begriffe von carmen inne. Vgl. Bernhardy, r. Litter. A. 265. Düntzer in Mützells Ztſchr. f. d. Gymn. W. 1857. S. 1 fg. u. andrerſeits Ritſchl, spicil. poes. lat. 4 fg. Ribbeck in N. Jahrb. f. Phil. und Päbag. 77, 201 fg., endlich auch Corſſen, Ausſpr. II, 962. Anm.

oder geförmelten Rede, in welcher die lex verlautbart oder die actio vollzogen wird.

Insbesondere aber der absolute Theil des Rechtsactes qualificirt den Letzteren ebenso als legis actio[6]) oder legitima actio[7]) oder legitimus actus[8]), wie auch als civilis actio[9])

---

6) Lege agere heißt eine actio d. i. einen Rechtsact (A. 3) nach Maaßgabe einer gesetzlichen Vorschrift vornehmen, daher insbesondere a. eine criminelle accusatio anstellen: Cic. in Caecil. 5, 19. 20, 65. Suet. Tib. 8. Quint. Decl. 352. b. die Criminalstrafe vollstrecken Seitens des lictor: Liv. XXVI, 15, 9. 16, 3. Sen. Contr. IX, 25, 22. X, 32, 6. Val. Max. III, 8, 1. c. ein pignus capere, somit einen Act der Selbsthülfe vornehmen (der demzufolge als außergerichtliches Verfahren ohne ius dicens, wie iudex, ohne Kläger, wie Beklagten sich vollzog), insoweit solches in solennen Worten geschah (Gai. IV, 29) und auf solche Selbsthülfe ein Forderungsberechtigter von dem Rechte besonders hingewiesen war: Gai. IV, 12. 26. 29. d. eine Civilklage anstellen, gleichgültig in welcher Proceßform, so in dem sprüchwörtlichen Ausrufe: lege agito (verklage mich) zur Abweisung von ungerechten Anschuldigungen: Plaut. Mil. II, 5, 43. Aul. III, 3, 10. Ter. Phorm. V, 7, 90 fg. Donat. in h. l., und so ferner bei Cic. in Verr. II, 16, 39 und Nep. Tim. 5, 2. e. in noch anderweiten Beziehungen in dem decretum Augusti bei Tac. Ann. XII, 60 und in Quint. J. O. VII, 4, 9 (von dem gesammten Civil- und Criminal-Proceßverfahren), Tac. Ann. XIII, 28 (von jeder Amtshandlung der Tribunen), Paul. 1 Man. (fr. Vat. § 49 neben dem in iure cedere das adiudicare umfassend), Pseudo-Ascon. in Verr. p. 191. Or. (von dem Bon. Poss. petere), Plaut. Merc. V, 4, 59 (nach einer Norm mit Jemandem verfahren); endlich bezeichnet legis actio f. insbesondere sowohl die Klage in Form des alten solennen Civilproceßes, wie diesen solennen Proceß selbst in seinen vier verschiedenen Arten als leg. a. sacramento, per iud. postul., per man. iniect. u. per condict: Beilage XII § XXVII.

7) Legitima actio, allerdings nur in Bezug auf Proceßacte, bei Ael. Gall. in Fest. v. possessio p. 233, Gell. XX, 10, 10. Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. §. 6). — Wegen anderer Bedeutung von legitima actio s. Brisson. de V. S. v. legitimus.

8) Legitimus actus, allerdings nur in Bezug auf Rechtsgeschäfte, bei Papin. 28. Quaest. (D. L, 17, 77) und bezüglich der der Sphäre der testamentifactio anheimfallenden, wie die donatio vermittelnden Rechtsgeschäfte (s. Thl. II. A. 1029 unt. 2 u. 3) bei Justin. in Cod. I, 5, 21; *νόμιμος* und *νομίμη πρᾶξις* bei Theoph. Par. I, 10, 1. 11, pr. Vgl. Schilling, Inst. § 69.

9) Civilis actio: Gell. II, 6, 16. XX, 10, 6. Paul. 1. Man. (fr. Vat. § 47.)

und civile negotium[10]), ingleichen als solennis actus[11]), während wiederum jene Formel ſelbſt bezeichnet wird durch certa[12]), solemnia[13]), civilia, legitima, directa verba[14]).

Und zwar iſt dieſer abſolute Theil des Rechtsactes in der Weiſe von dem Rechte geregelt, daß dafür eine beſtimmte Formel vorgeſchrieben iſt gleich als ein Schema, welches mit dem diſpoſitiven Theile auszufüllen und zu einem periodiſchen Ganzen zu verbinden und ſo nun von dem Handelnden auszuſprechen iſt, und dieſe redactionelle Verbindung des diſpoſitiven mit dem abſoluten Theile des Actes iſt es, welches bezeichnet wird durch concipere verba oder concipere aliquid verbis[15]).

10) Civile negotium: Ulp. fr. XI. 27. — Dagegen in anderer Bedeutung: im Gegenſatze zum naturale negotium bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. pr.), Constant. in C. Th. XI, 30, 1. 2.

11) Actus solennis: Diocl. et Man. in C. Just. VIII, 49, 3 und VII, 75, 6; Weiteres ſ. bei Brisson. de V. S. v. sollemnis.

12) Verba certa legitima: Varr. LL. VI, 7, 53. certa verba: Cic. de Orat. I, 40, 183. de Inv. II, 45, 132. de N. D. II, 3, 10. de Leg. II, 7, 18. Fest. v. minora p. 157. Paul. Diac. v. fanum p. 88. Gai. I, 112. IV, 29. 83. 84. 97. Ulp. fr. IX, 1. XIX, 3. liber 8 ad Ed. (fr. Vat. § 318). Inst. II, 20, 2. IV, 10, 1; vgl. Pomp. Ench. (D. I. 2, 2. § 6): actiones certae solennesque; Plin. H. N. XXVIII, 2, 11: certae precationes; Plin. et Trai. Ep. 97, 1: quasi certa forma; vgl. des Weiteren Brisson. de form. I, 181.

13) Solennia verba: Cic. p. dom. 47, 122. 123. 55, 141. Ov. Met. X, 4. Sen. ad Marc. 13, 1. Ep. 67, 9. Val. Max. V, 10. 1. Gell. XX, 10, 7. Aur. Vict. vir. ill. 27, 3. Macr. Sat. I, 16, 14. Boeth. in Top. p. 288. Gai. I, 112. IV, 97. Carac. in C. Just. VIII, 44, 1. Hermogen. 1. Jur. Epit. (D. XL, 2, 23), Leo. in C. Just. VIII, 38, 10. Inst. III, 15, 1. vgl. Pomp. Ench. (A. 8), Cic. p. Mur. 1, 1: solenn. precatio; Liv. X, 28, 16: solenn. precationes; XXXIX, 15, 1: solenn. carmen; Paul. Sent. rec. V, 7, 1. Inst. II, 20, 2. Diocl. et Max. in C. Just. IV, 2, 12: verborum solennitas; Plut. Popl. 14: *νενομισμέναι φωναί*; Theoph. Par. II, 20, 2. III, 8, 3. 15, 1. 21, pr. 29, 1. IV, 10, 1: *ῥήματα τυπικά*. Vgl. auch A. 12. — Die ſo beſchaffene Form ergiebt die solennia oder solennitas des Rechtsactes, ſo Gai. II, 116: solennis mos, während das strictum ius mit Rückſicht darauf solenne ius heißt, ſo bei Pomp. 16 ad Sab. (D. L, 17, 27), vgl. Brisson. d. V. S. solemnia bis solemniter.

14) Civilia verba: Ulp. fr. XXV, 1. Legitima verba: Varr. bei Gell. XI, 1, 4. L. L. VI, 7, 53. Theod. et Valent. in Nov. Th. XVI, 1, 8. vgl. A. 12. Directa verba ſ. Brisson. de V. S. s. v. § 10.

15) Concipere verba: Plaut. Asin. III, 2, 16. Cist. I, 1, 100. Bach. IV, 9, 105. Merc. IV, 4, 50. Pseud. I, 3, 119. Truc. IV, 2, 54. u. a. m.

Dies aber ſind die formulae atque actiones, die antiquae formulae, die verba prudenter a maioribus posita, deren Cic. pr. Mur. 13, 29. Brut. 52, 195. de Divin. I, 42, 93. gedenkt, die stipulationum et iudiciorum formulae, die Cic. Top. 8, 33. als res infinita hinſtellt, die formulae de omnibus rebus constitutae bei Cic. p. Rosc. com. 8, 24.

Bezüglich dieſer kategoriſch gegebenen Formel ſtellt aber in einfacher Conſequenz das Recht die Anforderung auf, daß beim Sprechen des Rechtsactes jene Formel auf das Genaueſte in ihrem ſprachlichen Beſtande zu reproduciren iſt, und zwar ebenſowohl in Bezug auf das einzelne Wort, wie auf die Wort- und Satzfolge, womit nun dort das einzelne Wort an ſich, hier die Wort- und Satzfolge zum weſentlichen Elemente der Formel ſich erheben, demgemäß dort ebenſo die Vertauſchung des Wortes mit Synonymen, wie deſſen Auslaſſung, hier aber ebenſo die

---

verbis concept. iurare oder dergl.; Gell. XI, 1, 4. Liv. VII, 5, 5. Sen. Ep. 67, 9. Tac. H. IV, 31. Serv. in Aen. XII, 13. — Verbis concipitur aliquid, ſo Varr. L. L. VII, 2, 8: templum; Cic. de Off. III, 29, 108: iusiurandum; und dafür nun in häufiger Breviloquenz concipitur aliquid, ſo Varr. LL. V, 15, 86: iustum bellum; VI, 4, 29: feriae, und 3, 25, dies, wozu vgl. Macr. Sat. I, 16, 5: feriae conceptivae, quae quotannis a magistrat. vel sacerdot. concipiuntur; ferner Attius Philoct. bei Varr. LL. VII, 2, 11 (p. 174 Ribb.): mysteria pristina castis concepta sacris; Cic. ad Qu. fr. II, 15, 3: vadimonium; Verg. Aen. XII, 13: foedus. Liv. V, 17, 2: sacrum; Tac. H. IV, 41: iusiurandum; Scaev. 6 Quaest. (D. XXVIII, 2, 29. § 1): casum ex verbis concipere; Paul. 5 Quaest. (D. XXIV, 3, 45), Sent. rec. V, 7, 4. II, 3: stipulationem u. a. m. Vgl. Brisson. de V. S. conceptio, conceptus. — per concepta verba id est per formulas litigare bei Gai. IV, 30 hat eine engere Bedeutung und gewinnt einen eminenten Sinn; denn ein agere per concepta verba in der obigen allgemeinen Bedeutung iſt auch das lege agere. Jene engere Bedeutung von per concepta verba als per formulas agere kann nur darauf ſich geſtützt haben, daß dem per formulas agere im Gegenſatz zum lege agere eigenthümlich iſt, daß dort der ius dicens für die Partei concipirt, oder daß dort Klage und Vertheidigung in Eine formula, hier in verſchiedene Conceptionen gefaßt werden, und daß dort die concipirte formula dem iudex behändigt wird, hier nicht. Auf dem zweiten dieſer 3 Momente dürfte aber jener eminente Sprachgebrauch beruhen. — Synonym mit verba concipere iſt componere verba oder dergl., ſo bei Cic. p. dom. 47, 123: verba; de Leg. I, 4, 14: stipulationum et iudiciorum formulas p. Caec. 17, 50: interdictum; ad Att. VI, 1, 8: actiones; vgl. Brisson. de V. S. componere.

Wort-Umſtellung, wie -Einſchiebung am ungehörigen Orte unſtatthaft iſt. Dieſe Sätze aber finden ihre allgemeine Bekundung durch

Cic. p. Mur. 11, 25: res (sc. iuris scientiae) sunt — — prope in singulis litteris atque interpretationibus verborum occupatae; de Orat. I, 55, 236: est — iuris consultus ipse per se nihil nisi leguleius quidam cautus et acutus, praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum; p. dom. 55, 140: delatum est ad vos, pontifices, — — quemadmodum iste praeposteris verbis — — pronuntiarit;

Marcell. 3 Dig. (D. L, 17, 183): nihil facile mutandum est ex solennibus;

Pomp. 16 ad Sab. (D. L, 17, 27): nec ex praetorio (ſ. unter m), nec ex solenni iure (ſ. A. 13) privatorum conventione quicquam immutandum est;

Constant. et Const. in C. Just. II, 58, 1. (342): iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes; vgl. auch Euseb. de vita Constant. M. IV, 26.

Und auf jenen Sätzen beruht auch die Inſtitution ſowohl des praeire verbis bei ſacral- und ſtaatsrechtlichen Acten d. h. des Vorſagens der actio, welche der handelnde Magiſtrat nachzuſprechen hat[16]), wie auch des custodem dare verborum:

Plin. H. N. XXXVIII, 2, 11: videmus — certis precationibus — —, ne quid verborum praetereatur aut praeposterum dicatur, de scripto praeire aliquem rursusque alium custodem dari, qui attendat, — — utroque memoria insigni, quotiens — precatio erraverit.

Im Beſonderen bieten die Quellen folgende Belege für obige Sätze:

a. bei religiöſen Ceremonien begründet die Abweichung von der gegebenen Wortformel[17]) ein piaculum commissum:

Cic. de Har. resp. 11, 23: si aedilis verbo — aberravit, ludi sunt non rite facti eaque errata expiantur;

16) Vgl. Marquardt, r. Alterth. IV. A. 1301. und dazu Act. fratr. Arv. bei Henzen, scavi nel bosco sacr. dei frat. Arv. 92, 20. 105, 31.

17) Vgl. Preller, r. Myth. 118.

Arnob. adv. gent. IV, 31.: si in caerimoniis vestris rebusque divinis — — piaculis dicitur contracta esse commissio, si per imprudentiae lapsum aut in verbo quispiam — deerrarit.

Insbeſondere aber die Anrufung der Götter und ſo auch das Gebet iſt in ſeinem Erfolge durchaus dadurch bedingt, daß die Anrufung nicht nur an den richtigen Gott, ſondern auch an deſſen richtiges indigitamentum d. h. an diejenige dem Gotte überwieſene Function und entſprechende officielle Benennung deſſelben ſich richte, in deren Berufsſphäre das Verhältniß oder die Handlung fiel, auf welche die Anrufung Bezug hatte, ſo daß z. B. die Gebärende die Juno gerade als Lucina, nicht aber mit anderen Beinamen zu indigitiren hatte, ſollte die Anrufung überhaupt Erfolg haben. So daher hilft nur der rechte Gott, wenn er unter dem rechten Namen angerufen wird und jede Namensverwechſelung vereitelt unfehlbar die Wirkung der Precation.[18])

b. Die multae minimae dictio lautete nach Varr. bei Gell. XI, 1, 4.: M. Terentio, quando — — (Angabe des Grundes) —, ego ei unum ovem multam dico; ſagte nun der multirende Magiſtrat unam ſtatt unum ovem, ſo war die multae dictio nichtig nach

Gell. XI, 1, 4.: quando — a magistratibus populi Romani more maiorum multa dicitur minima vel suprema, observari solet, ut „oves“ gerere virili appellentur; — — ac nisi eo genere diceretur, negaverunt iustam videri multam.

c. Die Ordnung, daß am dies nefastus das lege agere unſtatthaft war, war nicht direct, ſondern lediglich indirect aus-

---

18) Preller, r. Myth. 119 fg. Marquardt, Alterth. IV, 7 fg., insbeſondere Varr. bei Aug. C. D. IV. 22. Hierauf beruhen zwei hiſtoriſche Maaßregeln: der officielle und ſacrale Name des deus tutelaris der Stadt Rom ward geheim gehalten, um ſo die Möglichkeit ſeiner Evocation durch den Feind zu vereiteln: Plin. H. N. XXVIII, 2, 18. Plut. Qu. Rom. 61. Serv. in Aen. II, 351. Serv. und Schol. Bern. in Georg. I, 498. Macr. Sat. III, 9, 3; und zu gleichem Zwecke war auch der officielle und ſacrale Name der Stadt Rom ſelbſt ein Geheimniß: Plin. III, 5, 65. Solin. I, 4. Serv. in Aen. I, 277. V, 737. Macr. Sat. III, 9, 3. 5.

geſprochen, nämlich in das Verbot gekleidet, daß der dabei nothwendig concurrirende Magiſtrat an ſolchem Tage die Worte do, dico und addico, deren eines in jeder Legisaction ſich vorfand, bei Strafe des piaculum nicht officiell ausſprechen durfte.[19]) Dies ſetzt unabweisbar voraus, daß das in der Legisactions-Formel vorgeſchriebene do nicht mit concedo oder ähnlich, das dico nicht mit aio, das addico nicht mit adtribuo vertauſcht werden durfte.

d. Bei der rein proceſſualiſchen Formel des Legisactionenproceſſes, d. h. derjenigen Formel, welche lediglich den Proceßact an ſich repräſentirt (ſ. Beil. XII. § 27), iſt jede Abweichung, Vertauſchung, Weglaſſung, wie Zuſatz unſtatthaft:

Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. § 6): actiones (i. e. legis actiones) ne populus prout vellet instituerent, certas solennesque esse voluerunt;

Gai. IV, 30.: ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est (sc. in legis actionibus), ut vel qui minimum errasset, litem perderet; vgl. Quint. J. O. VII, 3, 17 unter e;

Ulp. 8 ad Ed. (fr. Vat. 318): si quid fuisset adiectum vel detractum, non valeat — — in legis actionibus.

e. Diejenige Formel, wodurch das klagbar gemachte Recht in ſeiner civilrechtlichen Beſchaffenheit ſeinen Ausdruck im Proceſſe empfängt, muß im Legisactionenproceſſe genau dem Ausdrucke desjenigen Geſetzes angepaßt ſein, welches die Klage für jenes Recht ſetzt[20]):

Quint. J. O. VII, 3, 17: si uno verbo sit erratum, tota causa cecidisse (A. 53) videamur;

Gai. IV, 11: actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, — — quia ipsarum legum verbis accomodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur; unde eum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione „Vites“ nominaret, responsum est eum rem perdidisse, quia debuisset „Arbores“ nominare eo, quod

19) Hartmann, Ordo Judic. I. § 2.

20) Vgl. Keller, Civ.-Pr. § 12.

lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur; vgl. Cic. Orat. part. 28, 99: ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio, cum — — illane lege, hisne verbis sit actio quaeritur; Manil. Astron. IV, 209 fg.: hic etiam legum tabulas et condita iura noverit atque notis levibus pendentia verba.

f. hinſichtlich der verſchiedenartigen Verfügungen, welche ein Teſtament enthalten konnte und reſp. enthalten mußte, galt das Geſetz: das Teſtament hat mit der heredis institutio zu beginnen[21]); daher nun iſt jede derſelben voraus geſtellte Diſpoſition ungültig:

Gai. II, 229: ante heredis institutionem inutiliter legatur; § 230: nec libertas ante heredis institutionem dari potest; § 231: nostri praeceptores nec tutorem eo loco (sc. heredis institutionis) dari posse existimant. Vgl. Ulp. fr. I, 20. 21. XXIV, 15. Paul. sent. rec. III, 6, 2. de testam. (fr. Vat. 229).

Von den beiden heredis institutiones aber, welche als heredis institutio und pupillaris substitutio zuſammentreffen können, muß die letztere bei Strafe der Nichtigkeit der Erſteren nachgeſtellt werden:

Ulp. 6 ad Sab. (D. XXVIII, 6, 2. § 4.): prius autem sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere; et hoc Julianus putat prius sibi debere, deinde filio heredem scribere; ceterum si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere.

Ebenſo iſt das Teſtament nichtig, in welchem die heredis institutio gänzlich fehlt:

Modest. 2 Pand. (D. XXVIII, 6, 1. § 3.): sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet;

21) Acr. in Hor. Sat. II, 5, 53: prima cera (i. e. tabula) secundo versu heredis continet nomen; Porph. in h. l.: prius testatoris nomen, secundo heredis; Schol. Cruq. in h. l.: in primae tabulae secundo versu heredis nomen continetur: vgl. Hor. l. c. Suet. Ner. 17; ſodann Gai. II, 229: testamenta vim ex institutione heredis accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio; Ulp. fr. XXII, 15. lib. 1 ad Sal. (D. XXVIII, 5, 1. pr.). Was in den obigen Stellen vom scriptum geſagt iſt, gilt auch vom nuncupatum.

vgl. Jul. bei Paul. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXIX, 5, 20): tabulas testamenti non intelligi, quibus heres scriptus non est; Gai. II. 248: inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur; Papin. 15 Quaest. (D. XXIX, 7, 10): testamentum — vires per institutionem heredum accipit; Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5,. 1, § 3.)

g. Für die heredis institutio war von Alters her die Formel gegeben: Titius heres esto[22]), woneben in dem Zeitalter der Antonine noch die Formel zugelaſſen ward: Titium heredem esse iubeo[23]). Jede andere Einſetzungsformel wie Titium heredem esse volo, Titium heredem instituo, oder facio machte die institutio nichtig:

Gai. II, 117: solennis — institutio haec est: „Titius heres esto"; sed et illa iam comprobata videtur: „Titium heredem esse iubeo". At illa non est comprobata: „Titium heredem esse volo"; sed et illae a plerisque inprobatae sunt: „Heredem instituo", item: „Heredem facio"; vgl. Papin. 19 Quaest. (D. XXIX, 7, 13. § 1.) Ulp. fr. XXI. lib. 1 ad Sab. (XXVIII, 5, 1, § 5.) und Jul. daſ.

Daher iſt insbeſondere nichtig die Einſetzung in der Formel: Titius, unter Auslaſſung von heres esto, oder Titium heredem esse, wenn der Teſtator das Wort iubeo vergaß: Marcell. und Jul. bei Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 1. § 7.), wozu vgl. § 10.

h. Für die exheredatio war von Alters her die Formel gegeben: Titius exheres esto[24]), wozu in der Zeit nach den

22) Quint. J. O. IX, 2, 35. Sen. Contr. II, 15, 6—9. Suet. Tib. 23. Apul. de Mag. 100. Serv. in Aen. IV, 674. Diomed. ars gramm. I. p. 339. K. testam. Dasum. c. I. vgl. Flor. I, 35, 2. u. a. m.

23) Marcian. 4 Just. (D. XXVIII, 5, 48. pr.) fügt noch die, wie es ſcheint, gräciſirende Formel hinzu: Titius hereditatis meae dominus esto; Ulp. fr. XXI. noch die Formel: Titius heres sit. Dagegen bei Afric. 4 Quaest. (D. XXVIII, 5, 47. § 1) bietet Hal. die richtige Lesart: heredes sunto: denn die Formel heres sit war zur Zeit Afrikans gar nicht bekannt und enthält überdem dort in dem Singular einen grammatikaliſchen Fehler.

24) Varr. Testam. bei Gell. III, 16, 13. Quint. J. O. IX, 2, 34.

Antoninen noch die Formeln: Titius exheres sit und exheres erit[25]) gefügt wurden. Jede andere Enterbungsformel bewirkte in früherer Zeit Präterition, nicht Exheredation, wie erkennen lassen Modest. 8 Resp. (D. XXVIII, 5, 61), Justin. in Cod. VI, 28, 3.

i. Für die tutoris datio war von Alters her die Formel gegeben: Titium liberis meis tutorem do lego oder später do[26]), woneben dann bereits in der Zeit der Antonine die Formel recipirt war: liberis meis Titius tutor esto[27]). Der Gebrauch einer anderen Formel bewirkte Nichtigkeit der Disposition[28]), bis im J. 44 die lex Claudia die confirmatio tutelae testamentariae einführte (§ 55 a. E.).

k. Für die verschiedenen Arten von Legaten waren von Alters bestimmte Formeln gegeben[29]): der unrichtige Gebrauch einer gegebenen Formel machte das Legat ebenso nichtig[30]) wie der Gebrauch einer anderen, als der gegebenen Formeln, bis der erstere, nicht aber der letztere Satz durch das S. C. Neronianum v. 57—67 aufgehoben ward (§ 55 a. E.); vgl. Sab. bei Pap. 18 Quaest. (D. XXXV, 1, 72. § 8) in § 10 a. E.

Jul. 29 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. § 2. XXVIII, 5, 37. § 2. XXVIII, 7, 11), Pomp. 7 ad Qu. Muc. (D. XXVIII, 5, 68), Afric. 4 Quaest. (D. XXVIII, 2, 14. § 2), Scaev. 6 Resp. (D. XXXV, 2, 27), Gai. II, 127. 132. Ulp. fr. XXII, 33. 34. lib. 6 Reg. (D. XXVIII, 2, 2), 1 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 3. § 2. 5. fr. 15), 3 ad Sab. (D. XXVIII, 3, 3. § 5), 41 ad Ed. (D. XXXVII, 9, 1. § 3. 9. XXXVII, 10, 1. § 9), Paul. 12 Resp. (D. XXVIII, 2, 25. pr.), de Assign. lib. (D. XXVIII, 3, 14).

25) Florent. 10 Inst. (D. XXVIII, 2, 17), Paul. 1 ad Vit. (D. cit. fr. 19).

26) Varr. Testam. bei Non. 478, 17. Javol. 8 ex Poster. Lab. (D. XXVI, 2, 33), Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. L, 16, 122), Gai. I, 149. II, 289. Ulp. 39 ad Sab. (D. XXVI, 2, 16. pr.), Paul. de Test. (fr. Vat. § 229. 230), Sent. rec. IV, 13, 3.

27) Afr. 8 Quaest. (D. XXVI, 2, 29), Gai. I, 149. II, 289. Ulp. 24. 36 ad Sab. (D. XXVI, 2, 8. § 3. fr. 10. § 4), 35 ad Ed. (D. XXVI, 10, 3. § 9.) Paul. 9 Resp. XXVI, 2, 32. § 2), Tryph. 13 Disp. (D. XXVII, 1, 45. pr. § 1).

28) Jul 15 ad Ed. (D. XXVI, 3, 5), Gai. II, 289. Modest. 6 Exc. (D. XXVI, 3, 1. § 1.)

29) S. A. 493. 495. 498. Gai. II, 209. u. a. m.

30) Verborum vitio non valet: Sabin. bei Gai. II, 218; inutile est: Gai. II, 196. 218. 220.

I. Die Erbeinſetzung oder Legats-Honorirung des eigenen Sklaven war nur ſtatthaft, wenn damit zugleich die Manumiſſion verbunden ward, wofür die Formel: liber esto gegeben war[31]). Indem ſomit liber esto und heres esto oder die Legatsausſetzung ſich verbanden, ſo forderte die älteſte Zeit, daß die erſtere Diſpoſition der letzteren vorausgehe, weil auch die Freiheit der Erbſchafts- oder Legats-Delation vorausgehen mußte; daher war nur die Ordnung zuläſſig: Stichus servus meus liber heresque esto[32]). Bereits am Ende der Republik ließ man jedoch auch die Formel zu: Stichus servus meus heres liberque esto[33]) oder dergl.:

Alfen. Var. 5 Dig. (D. XXXIII, 8, 14.): quidam in testamento ita scripserat: „Pamphilus servus meus peculium suum, quum moriar, sibi habeto liberque esto“. Consulebatur, rectene Pamphilo peculium legatum videretur, quod, priusquam liber esset, peculium sibi habere iussus esset. Respondit in coniunctionibus ordinem nullum esse neque quidquam interesse, utrum eorum primum diceretur aut scriberetur; quare recte peculium legatum videri, ac si prius liber esse, deinde peculium sibi habere iussus esset.

Dagegen war ungültig die Erbeinſetzung oder Honorirung sine libertate, ſonach einfach mit heres esto[34]) oder mit Sticho

---

31) Ulp. II, 7 fügt noch bei die Formeln: liberum esse iubeo, wie liber sit; Beide aber ſind ſpäteren Datums nach Analogie von A. 23. 25. Jene Formeln bietet Paul. 12 Quaest. (D. XL, 4, 52), Sent. rec. IV, 14, 1., ſchwerlich aber Gai. II, 267. Dagegen liberum esse volo gilt nur als Fideicommiß: Jul. 39. 42. Dig. (D. XXXIV, 3, 12. XL, 5, 47. § 4), Scaev. 4. Resp. (D. XL, 5, 41. § 10), 23 Dig. (D. XL, 4, 59. pr.), Paul. 12 Quaest. (D. XL, 4, 52), Sent. rec. IV, 13, 3. 14, 1. Modest. 10 Resp. (D. XL, 5, 14).

32) So Gai. II, 185. Pomp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 21. pr.), Scaev. 2 Resp. (D. XXVIII, 5, 85.) Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 14). Marc. 3 Reg. (D. XXVIII, 5, 51); analog bei Legaten: Jul. 36 Dig. (D. IX, 4, 16), Scaev. 15 Dig. (D. XXXIII, 8, 23. § 1.)

33) So Gai. II, 185. Ulp. 5 ad Sab. (D. XL, 4, 2).

34) Gai. II, 186. Ulp. XXII, 12. vgl. A. 507.

liberto meo do lego oder dergl.[35]), wie auch mit: Stichus liber esto et, quum oder si liber erit, heres esto[36]).

m. Bei den praetoriae stipulationes iſt jede Abänderung des im Edicte proponirten Schemas und jeder Zuſatz unſtatthaft:

Ulp. 7 Disp. (D. XLV, 1, 52. pr.): praetoriis stipulationibus nihil immutare licet neque addere, neque detrahere; 10 ad Ed. (D. XLVI, 5, 1. § 10): si quid vel addi vel detrahi vel immutari in stipulatione oporteat, praetoriae erit iurisdictionis; vgl. Pomp. 16 ad Sab. (D. L, 17, 27), Paul. 12 ad Ed. (D. II, 8, 6).

Jene juriſtiſche Function aber, welche aus Alle dem für die abſolut gegebene Formel reſultirt, der Eigenwerth, der ſolcher Formel ebenſo im Ganzen, wie in ihren einzelnen Wort-Elementen zukommt, bedingt nun die doppelte Conſequenz, einmal daß die Formel im Ganzen ebenſo wenig wie durch eine Paraphraſe, ſo auch nicht durch Zeichen oder concludente Handlungen erſetzt werden kann, vielmehr die ſtillſchweigende Willenserklärung dem strictum ius unbekannt iſt[36a]):

Cic. de Orat. I, 40, 183: certis quibusdam verbis, non novis nuptiis fieri cum superiore (i. e. uxore) divortium;

---

35) Sev. Alex in C. Just. VI, 21, 7. (226); anders bereits M. Anton. Philos. in C. Just. VI, 27, 1. (169); dann auch Plin. Ep. IV, 10.

36) Cels. 16 Dig. (D. XXVIII, 7, 21) erklärte dieſe Einſetzung beim servus alienus insbeſondere für gültig und dies beſtätigte im Allgemeinen ein Reſcript von M. Antonin. Phil. bei Marcian. 3 Reg. (D. XXVIII, 5, 51. pr.), ebenſo Labeo, Nerat. und Aristo bei Ulp. 5 ad. Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 14) die Einſetzung: liber esto et, posteaquam liber erit, heres esto; nicht minder Pomp. 2 ad Sab. (D. XL, 4, 4. § 2) die Henstirung: liber esto eique, si eum vindicta liberavero, heres meus X dato.

36a) Nicht damit im Widerſpruch ſteht, daß die in iure cessio in ihren verſchiedenen Vorkommniſſen als Eigenthumsübertragung, manumissio per vindictam und dergl. ein Stillſchweigen des Veräußerers zuläßt: Gai. II, 24. Boeth. in Top. p. 322. Hermogen. 1 Jur. Epit. (D. XL, 2, 23), Gai. I, 134. Denn die in iure cessio folgt hierin nicht dem Geſetze der Rechtsgeſchäfte, ſondern der Klagen: der non respondens iſt pro confesso: lex Rubr. c. 21. 22. Keller, Civ.-Pr. A. 751. Francke, Herebit. Petit. 123. Daher iſt es gleich im Effect, ob der Veräußerer die in iure cessio ſo vollzieht, daß er confessus, oder ſo, daß er pro confesso iſt (ſ. A. 63).

Cels. 38 Dig. (D. XLV, 1, 99. pr.): quidquid adstringendae obligationis (vgl. Beil. VII. § 6) est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligitur;

Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 2): contra (i. e. stipulatione non obligatur) si sine verbis annuisset; non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita annuit;

ſodann, daß in jenen Formeln, einerſeits in Folge ihres hohen Alters, und andrerſeits in Folge der Unveränderlichkeit ihrer einzelnen Ausdrücke, Wort-Formen, wie -Fügungen bis in Zeiten herab ſich behaupteten, in denen jene archaiſch, mitunter aber auch geradezu unverſtändlich waren[37]):

Cic. de Orat. I, 43, 193: quem haec Aeliana (i. e. grammatica) studia delectant, plurima est et in omni iure civili et in pontificum libris et in XII tabulis antiquitatis effigies, quod — verborum prisca vetustas cognoscitur;

und im Beſonderen:

Varr. LL. VII, 3, 52: „olli“ valet dictum „illi,“ ab olla et ollo, quorum alterum, comitiis quom recitatur a praecone, dicitur „olla centuria“ non „illa“; alterum apparet in funeribus indictivis, quom dicitur: „ollus leto datus est“;[38])

Quint. J. O. VIII, 3, 27: quaedam (sc. vetusta verba) — necessario interim sumuntur: „nuncupare“ et „fari“, wozu vgl. Cic. de Orat. III, 38, 153;

Cic. Or. 47, 158: insuavissima praepositio est „af“ eaque nunc tantum in accepti tabulis manet; und Vel. Long. p. 2224 P.: quotiens acceptam pecuniam referebant, non dicebant „a Longo“, sed „af Longo“;

Gell. II, 6, 16: „laudare“ significat prisca lingua nominare appellareque; sic in actionibus civilibus „auctores laudari“ dicitur, quod est nominari; und ähnlich Maen. Sat. VI, 7, 16;

---

37) Dadurch ward bedingt das Zuſammenfaſſen juriſtiſcher und grammatiſcher Studien, worüber ſ. A. 413.

38) Vgl. in erſterer Beziehung Marquardt, r. Alterth. II, 3, 14 fg., in letzterer Beziehung Denſ. V, 1, 356.

ſowie anderntheils z. B.:

Gell. XX, 10: „ex iure manum consertum“ verba sunt ex antiquis actionibus, quae, cum lege agitur et vindiciae contenduntur, dici nunc quoque apud praetorem solent. Rogavi ego Romae grammaticum — — quid haec verba essent? Tum ille me despiciens: „aut erras“ inquit, „adulescens, aut ludis; rem enim doceo grammaticam, non ius respondeo.“ — — Usus consilio sum magistri, — — a quo discerem praetermonstrantis. Itaque id, quod ex iureconsultis quodque ex libris eorum didici, inferendum his commentariis existimavi, quoniam in medio rerum et hominum vitam qui colunt, ignorare non oportet verba actionum civilium celebriora;

Quint. J. O. VII, 6, 13: opus est aliquando finitione obscurioribus et ignotioribus verbis, ut quid sit clarigatio ercti citi.

Und ſolcher Archaismen finden wir in der That mannichfach überliefert, ſo damnas für damnatus, quandoque oder quando für das cauſale quum[39]), conserere und adserere manum als 7. Caſus[40]) u. a. m.

Was ſodann den diſpoſitiven Theil des Rechtsactes anbetrifft, ſo iſt dies allerdings ein nach Maaßgabe der concreten Willensbeſtimmung frei gewählter Wortbeſtand des Actes; allein abgeſehen davon, daß derſelbe in den abſoluten Theil gleich einem Rahmen eingefügt und nach den ſprachlichen Geſetzen des Periodenbaues zu ſyntaktiſcher Harmonie mit Jenem verbunden werden muß, ſo unterliegt überdem derſelbe der doppelten geſetzlichen Anforderung, daß einmal die diſpoſitiven Beſtimmungen in lateiniſche Sprache gekleidet ſein müſſen, indem jede einer anderen Sprache angehörige Rede hier unſtatthaft iſt (vgl. Thl. I, 444), und daß ſodann der Act nicht auf dies vel condicio geſtellt werde. Dies ergiebt ſich in erſterer Beziehung aus

39) Damnas z. B. im Damnationslegat; quandoque und quando z. B. bei der multae dictio: Gell. XI, 1, 4, in der Fetialformel bei Liv. IX, 10, 9. und häufig in den Legisactionen, ſo wie ſonſt noch.

40) Bergk in Philol. 1859. XIV, 186. no. 78.

Gai. II, 287: legata graece scripta non valent; und Ulp. XXV, 9: legatum graece scriptum non valeat;

Gai. III, 93: Verborum obligatio „Dari spondes? Spondeo“ adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit;

Lyd. de Mag. III, 68: *νόμος ἀρχαῖος ἦν, πάντα μὲν τὰ ὁπωσοῦν πραττόμενα παρὰ τοῖς ἐπάρχοις, τάχα δὲ καὶ ταῖς ἄλλαις τῶν ἀρχῶν τοῖς Ἰταλῶν ἐκφωνεῖσθαι ῥήμασιν.*

vgl. Theod. et Valentin, in Nov. Theod. XVI, 1, 8: videantur (sc. Graecis verbis relicta), ac si legitimis verbis ea testator dari, fieri observarique iussisset; ſowie Thl. II. A. 18. 445.

Dagegen das zweite Requiſit wird in den Quellen in der Faſſung ausgeſprochen: actus non recipiunt diem vel condicionem[41]):

Papin. 28 Quaest. (D. L, 17, 77): actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem;

und insbeſondere bekundet von Papin. für mancipatio, cretio und ſpäter hereditatis aditio[42]), servi optio, tutoris

41) Die Frage, welche Tragweite ſolchem Satze zukommt, kann hier nicht erörtert werden, weil ſie zu weit ableiten würde, vgl. Sell, Verſuche II, 123. Keller, Civ.-Pr. A. 284—287. Sicher iſt, daß der obige Rechtsſatz im Laufe der Zeit immer mehr und mehr Einſchränkungen erfuhr. So wiſſen die Pandecten bei den Legaten nur noch von Unſtatthaftigkeit der Reſolutivbedingungen, die überdem, wenn beigefügt, nicht annullirt: Pomp. 9 ad Sab. (D. XXX, 1, 55), Paul. 24 ad Ed. Praet. (D. XLIV, 7, 44. § 1), wogegen im Uebrigen vgl. z. B. Pomp. 3 ad Qu. Muc. (D. XXXV, 1, 1. § 1), Paul. 1 Man. (fr. Vat. 48. 49); allein die Controverſe bei Gai. II, 200, wie die Benennung der cautio Muciana laſſen erkennen, daß im Rechte der Republik die Sache anders lag. Vgl. auch A. 49.

42) Wegen der mancipatio vgl. noch Papin. 2 Resp. (fr. Vat. 329), Paul. 1 Man. (fr. Vat. 50). Wegen der hereditatis aditio vgl. Afric. 4 Quaest. (D. XXIX, 2, 51. § 2); auf dieſe iſt obiger Satz übertragen von der cretio, der einzigen Form der aditio, welche die ältere Zeit kannte, ſ. A. 222

datio[43]; nicht minder aber auch für heredis institutio und exheredatio[44], wie manumissio testamento[45], für in iure cessio[46], adiudicatio[47] und cognitoris datio, wie für expensilatio und litterale acceptilatio[48], endlich auch für Conſtituirung der Prädialſervituten im Allgemeinen[49]. Dagegen galt jener Rechtsſatz nicht für die Stipulation und deren Sphäre (Thl. II. A. 241), und wenn dennoch derſelbe bei der acceptilatio Platz griff[50], ſo iſt dies wohl nicht urſprüngliches Recht, ſondern Uebertragung des bei der litteralen Acceptilation geltenden Rechtes auf die nuncupative, welche bereits frühzeitig ausgeſprochen worden war.

Für den nuncupativen Rechtsact in ſeiner Geſammtheit traten endlich auch beſtimmte Anforderungen auf hinſichtlich der Ausſprache und zwar zuerſt, daß palam[51], laut und vernehmlich der Rechtsact ausgeſprochen ſei:

Nicht widerſprechend iſt Scaev. 32 Dig. (D. XLII, 8, 23), wo condicio einen Vertrag zwiſchen Erben und Nachlaßgläubigern bezeichnet.

43) Ulp. 38 ad Sab. (D. XXVI, 1, 6. § 1) in Bezug auf den tutor dativus, nicht aber anerkannt in Bezug auf den testamentarius: Gai. I, 166. Ulp. 37 ad Sab. (D. XXVI, 1, 14. § 3. 5. XXVI, 2, 11. pr.), 25 ad Ed. (D. XXVII, 3, 9. § 2. 3), 35 ad Ed. (XXVI, 10, 3. § 9) Inst. I, 14, 3. 20, 1; allein dies und condicio bei der teſtamentariſchen tutoris datio können erſt nach der lex Atilia als zuläſſig anerkannt worden ſein.

44) Bei der heredis institutio bezüglich Reſolutivbedingung, dies ad quem, wie a quo, nicht aber bezüglich der Suſpenſivbedingung, und auch dem nicht annullirend: Gai. de Cas. (D. XXVIII, 5, 88), Papin. 1 Defin. (D. XXVIII, 5, 34) Inst. II, 14, 9. Wegen der exheredatio: Jul. bei Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 3, 3. § 1).

45) Bezüglich des dies ad quem Paul. 12 Quaest. (D. XL, 4, 33), 74 ad Ed. (D. cit. 34) und ſo ſicher auch bezüglich der Reſolutivbedingung. Dagegen die Suſpenſivbedingung iſt durch das XII Taf.-Geſetz über den statu liber ausdrücklich ſancirt.

46) Paul. 1 Man. (fr. Vat. 48. 49. 50); Suſpenſivbedingung: Marc. 23 Dig. (D. XL, 1, 15).

47) Paul. 1 Man. (fr. Vat. 48. 49); abweichend Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 2, 16, § 2).

48) Papin. 2 Resp. (fr. Vat. 329) vgl. A. 405.

49) Papin. 7 Quaest. (D. VIII, 1, 4. pr.), ſomit in iure cessio und reſp. mancipatio, legatum, adiudicatio.

50) Pomp. 9 ad Sab. (D. XLVI, 4, 4), Papin. l. c., Ulp. 34 ad Sab. (D. XLVI, 4, 5).

51) Palam iſt wahrnehmbar: ſichtlich, wie hörbar; ſ. Döderlein, Synon.

lex aras numinis Augusti dedic. von Narbo Mart. bei Herzog, Gall. Narb. Append. p. 3 no II: his legibus hisque regionibus dabo dedicaboque, quas hic hodie palam dixero; und übereinſtimmend lex arae Jovis dedic. von Salona bei Orelli Inscr. 2490.

fetiale precatio beim foedus feriendum nach Liv. I, 24, 7: ut illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt;

Ulp. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 21. pr.): heredes palam, ita ut exaudiri possint, nuncupandi sint. Licebit ergo testanti vel nuncupare heredes vel scribere, sed si nuncupat palam debet; und ſo palam heredem nuncupare bei Cic. p. Mil. 18, 48. Suet. Cal. 38, vit. Horat. in fin., Paul. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXIX, 7, 20.), vgl. Gai. II, 104.

Cels. 38 Dig. (D. XLV, 1, 99. pr.): quidquid adstringendae obligationis est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est.

Vgl. Edict. Aedil. in Dig. XXI, 1, 1. § 1: palam recte pronuntiato, und die lex bei Gai. III, 123: praedicat palam.

Und ſodann die Anforderung, daß glatt und fließend, ohne zu ſtocken, zu ſtottern oder ſich zu verſprechen und verbeſſern der Rechtsact geſprochen werde:

Cic. p. dom. 55, 140: delatum est ad vos, pontifices, — quem ad modum iste — — se ipse revocando, dubitans, timens, haesitans, omnia aliter ac vos in monumentis habetis — pronuntiarit;

Val. Max. VIII, 13, 2: tutelam caeremoniarum per II et XX annos neque ore in votis nuncupandis haesitante neque in sacrificiis faciendis tremula manu gessit;

V, 293. Ungenügend iſt Ulp. 21 ad Ed. (D. L, 16, 33): palam est coram pluribus; Pseudo-Asc. in Verr. p. 133: palam ad praesentium multitudinem et qualitatem frequentis loci (sc. pertinet); vgl. Donat. in Ter. Ad. IV, 3, 17. In obiger Beziehung insbeſondere Ulp. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 21. pr.): quib est palam? non utique in publicum, sed ut exaudiri possit; exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus.

Plin. H. N. XI, 37, 174.: Metellum pontificem adeo inexplanatae (sc. linguae) fuisse accipinus, ut multis mensibus tortus credatur, dum meditatur in dedicanda aede Opi verba dicere.

Nicht minder endlich, daß ohne Unterbrechung und Zwiſchenpauſe der Rechtsact in äußerer Einheitlichkeit ſich vollziehe[51a]).

Alle jene Vorſchriften aber qualificiren das Wort, in welches der Rechtsact ſich kleidet, zum legalen Worte. Und dieſem letzteren wird die Herrſchaft und Anwendung geſichert durch mehrfache Nachtheile, die mit der Abweichung von jenen Vorſchriften durch das Recht verknüpft ſind.

Und zwar iſt der allgemeinſte Nachtheil, der mit der Abweichung vom legalen Worte verbunden iſt, die Nullität des Actes ſelbſt in Folge des Formfehlers. Dieſe wird bezeugt in den Beziehungen oben unter b. f. — m., wie bei Papin. 28 Quaest. cit. (D. L, 17, 77.) ſammt A. 42—49.[52]) und Cels. 38 Dig. cit. (D. XLV, 1, 99. pr.), wie Ulp. 48 ad Sab. cit. (D. XLV, 1, 1. § 2); überdem aber auch in den Beziehungen bei

Liv. XXII, 9, 9. v. J. 535: votum Marti — non rite factum de integro — faciendum esse; XXXIV, 44, 2. v. J. 560: ver sacrum — — cum P. Licinius pontifex non esse recte factum collegio — renuntiasset, de integro faciendum — censuerunt; wozu vgl. Cic. de Leg. II, 9, 22.: sacrum commissum, quod neque expiari poterit, impie commissum esto; Plut. Coriol. 25: *μίαν θυσίαν τριακοντάκις ἐποίησαν, ἀεί τινος ἐλλείμματος ἢ προσκρούσματος γίνεσθαι δοκοῦντος* ſowie

Paul. 12 ad Ed. (D. II, 8, 6): quoties vitiose cautum vel satisdatum est, non videtur cautum.

51a) Unus contextus actus, continuus actus bezüglich der Teſtamente: Ulp. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 31, § 3), Inst. II, 10, 3; bezüglich der Stipulationen: Venul. 1. 2 Stip. (D. XLV, 1, 137. XLV, 2, 12. pr.), Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 1).

52) Eine ſpäterer Rechtsentwickelung angehörige Beſeitigung dieſer Nullität bekunden A. 41. 44.

Insbeſondere bei proceſſualiſchen Acten führte dieſe Nichtigkeit, wenn von den Parteien verſchuldet, zum Verluſte des Proceſſes (ſ. oben unter d und e), welcher Verluſt die beſondere Bezeichnung litis oder causa cadere, ſpäter formula cadere oder excidere führte [53]).

Auf den Fall insbeſondere aber, wo vitiöſe Zuſätze die Nichtigkeit herbeiführten [54]), bezog ſich die Parömie: Expressa nocent, non expressa non nocent [55]), welche der Gegenſatz bildet zur Parömie der aequitas: Superflua non nocent (A. 513).

Immer aber iſt jene Nichtigkeit zugleich inſanabel: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere [56]), ſo daß daher eine nachträgliche Verbeſſerung des vitiöſen Wortes unwirkſam war.

Ein anderweites Remedium wider die Abweichung vom legalen Worte iſt das piaculum, welches bei ſacralrechtlichen Acten in gewiſſen Fällen Platz griff, ſo oben unter a und c, wozu vgl. Varr. LL. VI, 4, 30., wie nach:

Cic. de Leg. II, 9, 22.: sacrum commissum, — — quod expiari poterit, publici sacerdotes expianto; vgl. Preller, r. Myth. 117. fg.

---

53) Litis cadere bei Paul. Diac. p. 116; causa, formula cadere, excidere ſ. Keller, Lit. Cont. § 56. A. 8. fg. Civ.-Pr. A. 190, namentlich Cic. de Inv. H, 19, 57: ita ius civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non quemadmodum oportet egerit und faſt gleichlautend Victorin. in Cic. Rhet. H. p. 276. II, Quint. I. O. VII, 3. 17. (ſ. unter e).

54) Ulp. 8 ad Ed. cit. (ſ. unter d) und Papin. 28 Quaest. cit. (ſ. bei A. 42).

55) Modestin. 7 Diff. (D. L, 17, 195. XXXV, 1, 52). Anwendungen: Marcell. 14 Dig. (D. XXXV, 1, 47), Pomp. 7 ad Qu. Muc. (D. XXVIII, 5, 68), Gai. 1 de Legat. ad Ed. praet. urb. (D. XXX, 1, 65. § 1), Papin. 2 Reg. (fr. Vat. § 329), 28 Quaest. cit. (D. L, 17, 77).

56) Paul. 8 ad Sab. (D. L, 17, 29); hinſichtlich der Teſtamente: Javol. 10 Epist. (D. L, 17, 201), Licin. Rufin. 2 Reg. (D. L, 17, 210); in beſonderer Anwendung: Gai. II, 186. Gleiches Princip gilt auch bei anderen Nullitätsgründen der negotia stricti iuris, ſo bei Teſtament: Gai. II, 123. Ulp. 39 ad Ed. (D. XXXVIII, 11, 1. § 8), Modestin. 5 Pand. (D. XXVIII, 1, 19), beim Legat insbeſondere nach der regula Catoniana, bei der Stipulation: Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 5), Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 6).

§ 3.

2. Die conſonirenden Worte insbeſondere als die Form des zweiſeitigen Rechtsgeſchäftes.

Der Fundamentalſatz des rigor, daß das legale Wort die nothwendige Form der Willenserklärung iſt, gilt ohne Weiteres auch für das zweiſeitige Rechtsgeſchäft, inſoweit dabei überhaupt von beiden Contrahenten eine ausdrückliche Willenserklärung geſetzlich erfordert wird. Bei dieſem gewinnt indeß das legale Wort noch eine beſondere Geſtaltung, conform jenem allgemeinen Zuge des römiſchen Rechtes, den juriſtiſchen Gehalt der Rechtsacte in ſinnlich wahrnehmbarer Ausprägung zu veranſchaulichen. Und da nun das zweiſeitige Rechtsgeſchäft ein Act iſt, in welchem die übereinſtimmenden Willenserklärungen der beiden Intereſſenten zu einem einheitlichen Ganzen ſich zuſammenſchließen, ſo wird nun die Uebereinſtimmung durch Conſonanz in wahrnehmbarer Weiſe ausgeprägt, ſo daß ſomit das legale Wort dort znm conſonirenden Worte ſich geſtaltet.

Dieſer Satz, daß das conſonirende Wort die nothwendige Form der zweiſeitigen Willenserklärung ſei, hat indeß ein weit beſchränkteres Herrſchaftsgebiet als jener Satz von § 2, daß das legale Wort die nothwendige Form der Willenserklärung iſt; denn während letzterer Satz für alle Rechtsacte, die dem rigor ſich unterordnen, Geltung hat, ſo erleidet der erſtere Satz allgemeine Anwendung nur in der Sphäre der Rechtsgeſchäfte, während im Proceſſe ſeine Herrſchaft wenigſtens keine allgemeine iſt. Denn was dies Letztere betrifft, ſo findet ſich allerdings jener Satz auch in zweiſeitigen Proceßacten ausgeprägt, und ſo zwar bei der manumissio per vindictam, ſomit der assertio in libertatem mit confessio in iure, wo die Vindication des Scheinklägers lautet:

Hunc ego hominem ex iure Quiritium liberum[57]) esse aio, secundum suam causam, sicuti dixi; ecce tibi vindictam imposui[58]);

---

57) Vgl. Sen. N. Q. III. praef. 16: e iure Quiritium liberum; Cic. p. Caec. 33, 96: iure Quiritium liberum esse.

58) Dieſe Formel ergiebt ſich daraus, daß die manumissio per vindictam eine vindicatio in libertatem iſt: S. C. v. J. 577 bei Liv. XLI,

und die confessio des Schein-Beklagten:

Hunc ego hominem ex iure Quiritium liberum esse volo [59]);

während die magiſtratiſche pronuntiatio lautete:

Hunc ego hominem ex iure Quir. liberum esse dico [60]).

Und ebenſo dürfen wir auch annehmen, daß bei der ernſtlich gemeinten Vindication die contravindicatio des Beklagten genau in den nämlichen Worten erfolgte, wie die vindicatio des Klägers [61]).

Allein andererſeits fehlte jene Conſonanz der Worte bereits bei der in iure cessio, wo die Vindication des Scheinklägers lautete:

Hunc ego hominem oder dergl. ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam, sicuti dixi; ecce tibi vindictam imposui [62]),

während für die Gegenrede des Schein-Beklagten die Worte genügten:

9, 11. Boeth. in Top. p. 288. Die Formel der Vindication aber ergiebt Gai. IV, 16.

59) Paul. Diac. p. 159: manumitti servus dicebatur, quum dominus eius aut caput eiusdem servi aut aliud membrum tenens dicebat: „Hunc hominem liberum esse volo“ et emittebat eum e manu; vgl. Schol. in Pers. V, 75. Isid. Orig. IX, 4, 48. Pap. Vocab. v. manumissus: liberos confirmabant (sc. manumissores servos); Schol. in Pers. V, 125: manumittendo — servus a domino — servitio absolvitur; vgl. Cic. ad Att. VII, 2, 8. in A. 60. Vgl. auch A. 36.

60) Glossar. bei Brisson. de Form. VIII, 37: *ὁ ἀρχὼν ἢ ὁ πράιτωρ — φάσκοντες· Φάμεν τὸν παρόντα ἄνθρωπον εἶναι ἐλεύθερον καὶ πολίτην ῥωμαῖον.* Mit Unrecht ſtatuirt hier Rein, Pr.-Rt. 572 addico ſt. dico; denn der manumittendus wird ja Niemandem abdicirt; bei Cic. ad Att. VII, 2, 8 aber, worauf ſich Rein beruft, wird me istos liberos non addixisse vom Manumittirenden, nicht aber vom Prätor geſagt, ſ. Denſ. 558. A. 1.

61) Dies deutet an Plaut. Rud. IV, 3, 86: Gr. hunc meum esse dico. Fr. Et ego item esse aio meum, und Gai. IV, 16: adversarius eadem similiter dicebat.

62) Gai. II, 24. und bei Boeth. in Top. p. 322. Or.: rem tenens ita dicit: „Hunc ego hominem ex iur. Quir. meum esse aio“; deinde postquam hic vindicaverit; I, 134. Gell. V, 19, 3 und die Formel der vindicatio bei Gai. IV, 16. Anders Leiſt, Mancipation 89; dann aber hätten die Worte des Gai.: deinde — vindicaverit keinen Sinn.

Ego contra non vindico [63]),

worauf die addictio des ius dicens, an den Vindicanten gewendet, allerdings wieder lautete:

Hunc ego hominem oder dergl. tibi addico [64]).

Und ebenſo fehlt ſolche Conſonanz bei der leg. a. sacramento, da hier die provocatio sacramento lautete [65]) auf Seiten des Klägers:

Quando tu iniuria vindicavisti, te sacramento quingenario (oder quinquagenario) provoco,

auf Seiten des Beklagten aber:

Similiter ego te.

Dagegen tritt nun jene Conſonanz der Worte als Geſetz hervor bei denjenigen zweiſeitigen Rechtsgeſchäften, welche auf beiden Seiten eine ſolenne Willenserklärung erfordern d. i. bei den Geſchäften per aes et libram (ſ. § 32), und zwar zunächſt in deren abſoluten Theile. Hier aber gewann bei den älteſten Rechtsgeſchäften jener Satz die ſehr einfache Anwendung, daß für jedes Rechtsgeſchäft nur eine einzige abſolute Formel gegeben und dieſe nun conſonirend conſtruirt war. Denn dies läßt ſich erkennen hinſichtlich der mancipatio, wo die Formel des mancipio accipiens lautete:

Hunc ego hominem oder dergl. ex iure Quiritium meum esso aio isque mihi emptus esto centum oder dergl. oder sestertio nummo uno hoc aere aeneaque libra [66]);

---

63) Gai. II, 24. und bei Boeth. cit.: praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante; I, 134: illo contra non vindicante. Vgl. A. 36.

64) Gai. II, 24. und bei Boeth. cit.: praetor — ei, qui vindicaverit, eam rem addicit; I, 134. Ulp. XIX, 9: addicit praetor.

65) Valer. Prob. § 4. no. 2. Gai. IV, 16.

66) Gai. I, 119. und bei Boeth. in Top. p. 322. Or., Pap. Vocab. v. mancipi res; Paul. 1 Man. (fr. Vat. 50), Varr. LL. IX, 49, 83. vgl. Gai. III, 167. II, 104. Das richtige esto bekundet Gai. III, 167. und II, 104. und daſſelbe iſt ſchon aus diplomatiſchem Grunde anzuerkennen: aus esto konnte in der Abſchrift est werden, nicht aber umgekehrt. Schwankend iſt Leiſt, Mancipation 22. A. 5. Die Angabe des pretium in der Formel bekundet Paul. cit. vgl. Huſchke, Instr. Flav. Syntr. 41 fg. Repnm, A. 49. Keller, Inſt. 30. 32. Anderer Anſicht iſt Leiſt, a. O. 181, deſſen Interpretation des pauliniſchen „pretio“ aber als einer Umſchreibung

die Formel des mancipio dans aber lautete:

Hunc ego hominem oder dergl. ex iure Quiritium tuum esse aio isque tibi emptus esto centum oder dergl. oder sestertio nummo uno hoc aere aeneaque libra [67])

Und gleiche Ordnung findet ſich auch für die coemtio angedeutet (A. 80).

Sodann gilt dieſer Satz aber auch innerhalb des Gebietes des Stipulationsrechtes; denn zunächſt hinſichtlich der Stipulation ſelbſt beſagt dies deren Definition bei

Paul. Sent. rec. II, 3, 1.: stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondit; und Modest. 2 Reg. (D. XLII, 7, 52. § 2. 4): obligamur verbis, cum praecedit interrogatio et sequitur congrua responsio,

wo beidemal das Wort congruum gewiß aus einer älteren

---

des „hoc aere aeneaque libra“ dem Wortſinne widerſtreitet. Im Uebrigen ſ. A. 67.

67) Nach Leiſt a. O. 21 verhält ſich der mancipio dans paſſiv und ſchweigend: er läßt einfach geſchehen, daß der accipiens capit rem. Jedoch nicht allein, daß in dem techniſchen Ausdrucke mancipio dare, oder in Redewendungen, wie bei Gai. II, 104: mancipat alicui familiam der Hinweis auf eine Action des dans, und auf mehr als ein bloßes Geſchehenlaſſen liegt, ſo ſind auch directe Zeugniſſe vorhanden; denn bei Cic. d. Off. III, 16, 65: cum XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret, iſt der lingua nuncupans, welcher verhaftet iſt, der mancipio dans; ja an den Letzteren kann überhaupt nur gedacht werden in jenem XII Tafelgeſetze unter dem Subjecte, durch deſſen nuncupatio das ius geſetzt wird; endlich iſt die mancipatio mit obligatoriſcher lex mancipii ſchlechterdings gar nicht denkbar ohne Gegenrede des mancipio dans, der durch ſolchen obligatoriſchen Vertrag ſich verpflichtet; vgl. überdem bei A. 86. — Die Formel des mancipio dans ergiebt ſich aus den Formeln, in denen der Kaufabſchluß ſich vollzog und zwar der interrogatio des emtor: Stichus centum est mihi emtus? und der addictio des venditor: Stichus tibi emtus esto centum! ſ. A. 244. 246. Denn jene erſtere Formel correſpondirt in dem Maaße der Formel des mancipio accipiens, daß wir ſie als deren Nachbildung anzuerkennen haben, welchenfalls nun correſpondirender Maaßen auch wiederum dieſe Formel der addictio als Nachbildung der Formel des mancipio dans anzuſehen iſt. Der Eingang der Formel aber: hunc ego bis aio iſt unentbehrlich, weil er gerade das Fundament der Haftpflicht des mancipio dans für auctoritas bildet.

Definition entlehnt und von jener Conſonanz zu verſtehen iſt[68]; nicht minder tritt jener Satz auch in der Darſtellung hervor von

Gai. III, 92.; verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut: „Dari spondes? Spondeo. Dabis? Dabo. Promittis? Promitto“ etc.; § 93: haec quidem verborum obligatio: „Dari spondes? Spondeo.“ — — Illa verborum obligatio: „Dari spondes? Spondeo“;

indem hier allenthalben die Conſonanz der Worte vorausgeſetzt iſt, wie namentlich aus dem Gegenſatze von III, 112 erhellt.

Und Gleiches gilt ſodann bezüglich der nuncupativen Acceptilation von der Darſtellung bei

Gai. III, 169.: poterit sic fieri (sc. acceptilatio), ut patiaris haec verba me dicere: „Quod ego tibi promisi, habesne acceptum“? et tu respondeas: „Habeo“,

womit übereinſtimmt die stipulatio Aquiliana in J. Just. III, 29, 2.: habesne acceptum? Habeo acceptumque tuli“[69].

Was ſodann den diſpoſitiven Theil des Rechtsgeſchäftes betrifft, ſo iſt allerdings das Erforderniß einer Conſonanz der Worte in den Quellen nirgends bekundet; allein es erſcheint

68) Dagegen findet dieſes Merkmal ſich nicht in der Definition von Pomp. 26 ad Sab. (D. XLV, 1, 5. § 1).

69) Das habeo bei Gai. und in J. Just. iſt ſicher Breviloquenz ſpäterer Zeit an Stelle von: Habeo acceptum, worauf das ἔχω λαβών bei Ulp. 48 ad Sab. (D. XLVI, 4, 8. § 4) und in J. Just. III, 29, 1. hinweiſt. Auch dieſes habeo acceptum iſt aber Breviloquenz: nach Inst. III, 29, 2. hatte die volle Formel gelautet: Habeo acceptum acceptumque tuli, und dieſe Formel bekundet noch das fr. Graec. de Obl. caus. bei Haubold, Opusc. II, 357: ἔχω λαβὼν ἢ καὶ ληφθὲν ἀπηνεγκάμεν. Vgl. noch Pomp. 27 ad Sab. (D. XLVI, 4, 15), Ulp. 47 ad Sab. (D. cit. 6), Paul. 12 ad Sab. (D. cit. 9). Dagegen eine Formel ſpäter Zeit iſt: Acceptum facis? Facio: Ulp. 50 ad Sab. (D. XLVI, 4, 7). Meines Erachtens lautete die älteſte Formel der nuncupativen Acceptilation auf: „Habesne acceptum?“ „Habeo acceptum“; nach Verallgemeinerung des Gebrauches der codices accepti atque expensi in der zweiten Hälfte des 6. Jahrh. formulirte man dann die Antwort auf: „Habeo acceptum acceptumque tuli“, worauf dann wieder in der zweiten Periode der Verfall dieſer Formel beginnt: § 47. — Die litterale Acceptilation lautete „Acceptum fero“, wie ſchon das Wort acceptilatio ergiebt.

als einfache Conſequenz des allgemeineren Principes, daß die ältere Zeit auch in dieſer Beziehung die Anforderung der Conſonanz der Worte ſtellte.

Mit dem allgemeinen Satze ſelbſt aber, daß in die nuncupative Form auch das zweiſeitige Rechtsgeſchäft ſich kleidet, ſteht endlich in Zuſammenhang der Satz, daß das zweiſeitige nuncupative Rechtsgeſchäft nicht inter absentes abgeſchloſſen werden könne: denn die Contrahenten müſſen beiderſeitig ihre verpflichtenden Worte hören [70]).

Dahingegen aber gilt jener Satz wiederum nicht bei derjenigen Gruppe zweiſeitiger Rechtsgeſchäfte, wo überhaupt nur von der einen Seite eine ſolenne Willenserklärung erfordert wird, wie z. B. bei der dotis dictio (§ 32 unter B).

§ 4.

3. Die dem bezogenen Geſchäfte correſpondirenden Worte als die Form des bezüglichen Rechtsgeſchäftes.

Die letzte Frage, auf welche das erörterte Thema hinleitet, iſt die, inwiefern dem hier betrachteten Principe des rigor ein beſtimmender Einfluß beizumeſſen iſt auf correſpondirende Rechtsgeſchäfte d. h. ebenſowohl auf die distrahirenden oder auflöſenden, im Verhältniß zu den ein Rechtsverhältniß begründenden Geſchäften, als auch auf die acceſſoriſchen Geſchäfte im Verhältniſſe zu den principalen, ſodann auf die cumulativen Geſchäfte, welche in der Mehrzahl zur Begründung gewiſſer Rechtsverhältniſſe erforderlich ſind, wie endlich auch auf die novatoriſchen Geſchäfte. Und zwar kommt hierbei die Kundgebung des rigor in der zwiefachen und potenzirten Ordnung in Frage, ob jenes Correſpondenzverhältniß der Rechtsgeſchäfte ſeine äußere Ausprägung erfahren habe lediglich in einer Correſpondenz der geſchäftlichen Form im Allgemeinen, oder auch in correſpondirenden Worten.

Was zunächſt aber die correſpondirende Form im Allgemeinen betrifft, ſo iſt ſolche in der That von dem rigor für die correſpondirenden Rechtsgeſchäfte erfordert worden, und ſo

---

70) Gai III, 136. 138. — Gai. II, 105. lib. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 15), Ulp. XX, 13.

war zuerſt für die auflöſenden Rechtsgeſchäfte, wo jener Satz dahin bekundet wird, daß ein dem rechtsbegründenden Geſchäfte conträrer Act zur Auflöſung des Rechtsverhältniſſes erforderlich ſei [71]):

Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XLVI, 3, 80.): prout quidque contractum est, ita et solvi debet;

Gai. 1 Reg. (D. L, 17, 100.): omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt;

Papin. 23 Quaest. (D. XLI, 2, 46.): eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri assolet;

Ulp. 48 ad Sabin (D. L, 17, 35.): nihil tam naturale est, quam eo genere quidquam dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur;

Paul. 65 ad Ed. (D. L, 17, 153.): fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, quum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus, vgl. 65 ad Ed. (D. XLI, 2, 8.).

In dieſem Satze aber liegt wiederum die doppelte Conſequenz, daß einmal die solutio an ſich kein Aufhebungsmodus derjenigen Obligationen iſt, welche durch ſolennes Rechtsgeſchäft oder was dem gleich ſteht begründet worden ſind [72]), vielmehr zu ſolcher Aufhebung noch der contrarius actus erfordert wird [73]); und ſodann, daß der contrarius actus nur inſoweit

71) Danz, r. Rechtsgeſch. II, 96. ſagt, jener Satz beziehe ſich nicht auf eine entgegengeſetzte Form, ſondern auf einen entgegengeſetzten Inhalt. Dieſe Anſicht iſt mir jedoch nicht ganz klar und mit den Quellen nicht vereinbar: denn das prout bei Pomp., das modus bei Papin. und Paul. können nur auf die Form bezogen werden; die Kategorie des Inhaltes iſt das „Was", nicht aber das „Wie".

72) Die solutio hebt ſonach in älteſter Zeit nur die Obligation ex delicto und quasi delicto auf, nicht aber die ex contractu und auch nicht durchgehends die quasi ex contractu, wie die Obligation aus Damnationslegat oder Judicat.

73) Liv. VI, 14, 5: rem creditori palam populo solvit (sc. pro debitore) libraque et aere liberatum (sc. debitorem) emittit; und ſo nun auch in ſpäteren Quellen noch durchklingend, ſo bei Pomp. 2 Ench. (D. XLVI, 3, 107): verborum obligatio aut naturaliter resolvitur, aut civiliter: naturaliter, veluti solutione — —; civiliter, veluti acceptilatione.

zureichender Löſungsmodus iſt, als er der nämlichen Gruppe von Rechtsformen angehört, wie der rechtsbegründende Act. Denn dies wird im Einzelnen bekundet bezüglich der diffareatio, welche nur die confarreirte Ehe löſt [74]); ingleichen bezüglich der nexi liberatio, welche lediglich bei der durch aes et libra begründeten Obligation Platz greift, ſomit bei nexum und lex mancipii, wovon ſpäter das legatum per damnationem ſich abhob, ſowie daneben noch bei der Verbindlichkeit, über welche Richterurtheil ergangen iſt [75]). Und wie ſodann die litterale acceptilatio nur die durch expensilatio begründete Schuld tilgt [76]), ſo iſt wiederum die nuncupative acceptilatio Löſungsmodus der Stipulation allein [77]). Und hierauf beruht auch, daß das römiſche Recht eine Schuldverbindlichkeit auf Vornahme jenes contrarius actus und dem entſprechend Klagen kennt, welche darauf ſich richten: ut actor liberetur obligatione [78]).

Gleiches Geſetz offenbart ſich ſodann bei den acceſſoriſchen Rechtsgeſchäften: die adstipulatio, ebenſo wie die adpromissio in der Form der sponsio und fidepromissio kann nur zur stipulatio hinzutreten [79]), während für die Geſchäfte per aes et libram das vadimonium die entſprechende Bürgſchaftsform war [80]).

---

74) Vgl. Roßbach, r. Ehe 131.

75) Gai. III, 173: per aes et libram gestum und ex iudicati causa debitum; § 174: legatum per damnationem.

76) Cic. in Verr. II, I, 36, 92. 39, 100. 102.

77) Gai. III, 170. Ulp. 48 ad Sab. (D. XLVI, 4, 8. § 3), 2 Reg. (D. XLVI, 4, 19. pr.) Inst. VII, 29, 1. fr. Graec. de Oblig. caus. § 4—6. bei Haubold, opusc. II, 353. fg. vgl. Lab. 5 Pith. a Paul. epit. (D. XLVI, 4, 23), Ulp. 50 ad Sab. (D. XLVI, 4, 13. § 7). Eine Ausnahme iſt, daß auch die iurata promissio operarum liberti durch acceptilatio aufgehoben wird; allein dies iſt jüngeres Recht (A. 408).

78) So bei legatum liberationis von einer durch ſolennes Rechtsgeſchäft begründeten Obligation mit ſeiner condictio: Jul. 32 Dig. und Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXIV, 3, 3. § 3. fr. 5. 7. § 1—3), Paul. 6 ad l. Jul. et Pap. (D. cit. fr. 29), dann die condictiones ob causam: Voigt, Cond. ob caus. § 48, a. quod metus causa: Voigt, a. O. A. 293, die a. rei uxoriae: Afric. 8 Quaest. (D. XV, 1, 38. § 1) u. a. m.

79) Gai. III, 110. 117. vgl. Huſchke, Gai. 68. — Gai. III, 119; die abweichende Ordnung hinſichtlich der fideiussio iſt jüngeres Recht: § 47.

80) Für die Geſchäfte per aes et libram, insbeſondere nach Maaßgabe

Nicht minder bei dem cumulativen Rechtsgeſchäfte tritt jenes Geſetz hervor zunächſt bei der coëmtio, wo, nachdem der Bräutigam die Braut durch Mancipation erworben hat, als integrirender Beſtandtheil eine zweite ſolenne Action unmittelbar ſich anſchließt, welche wiederum aus zwei correſpondirenden Rechtsgeſchäften beſteht, nämlich aus der Frage des coemtionator an das Mädchen: anne tu mihi materfamilias esse vis? mit der Antwort: tibi materfamilias esse volo, und ſodann aus der Frage des Mädchens an den coemtionator: anne tu mihi paterfamilias esse vis? und der Antwort: tibi paterfamilias esse volo [81]).

Ferner bei der Correalſtipulation, wo indem Eine promissio auf die interrogationes von zwei Stipulatoren oder auf Eine interrogatio die promissiones von zwei Promiſſoren erfolgten [82]), durch das Geſetz von § 3 (ſ. A. 68) die Correſpondenz ſelbſt der abſoluten Worte bedingt war. Und ſo auch harmoniren bei dem agere per sponsionem poenalem die stipulatio und restipulatio tertiae partis oder, bei den interdicta duplicia insbeſondere, die zwei stipulationes und zwei restipulationes.

Dagegen waltet endlich jenes Geſetz nicht ob, bei den ſolennen novatoriſchen Geſchäften: expromissio und transscriptio a re in personam, wie delegatio [83]), wobei allerdings

---

tes XII Tafel-Geſetzes, deſſen Paraphraſe dahin lautet: venditae res et traditae non aliter emtori adquiruntur, quam si is venditor pretium solverit aut alio modo satisfecerit, war als bürgſchaftliches Geſchäft gegeben das alte civile vadimonium nach Varr. LL. VI, 7, 74: consuetudo erat, quom reus (Contrahent, wie in reus promittendi, correus) parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alium (i. e. vadem) daret; a quo caveri postea lege coeptum est ab his, qui praedia venderent, vades ne darent; ab eo scribi coeptum in lege mancipiorum: „Vadem ne poscerent nec dabitur". Daneben ſtand das nicht minder alte civile vadimonium des Proceſſes, ſo z. B. in Thl. II. A. 180. Das Letztere wird ſpäter durch die honorariſche cautio iudicio sisti verdrängt und in den Quellen verdeckt; ſ. A. 218. 262.

81) Boeth. in Top. p. 299. Serv. in Aen. IV, 214 (aus Ulp. 1 Inst.); vgl. Roßbach, r. Ehe 70. fg.

82) Pomp. 24 ad Sab. (D. XLV, 2, 4), Inst. III, 16. pr. vgl. Plaut. Trin. V, 2, 38 fg.

83) Bezüglich der expromissio iſt beweiſend die stipulatio Aquiliana, welche auch nicht verbale Obligationen novirt; bezüglich der transscriptio

beachtlich ist, daß derartige Rechtsgeschäfte nur in der Sphäre der Litteral- und Verbal-Obligation, somit jüngerer Bildungen sich vorfinden.

Wenn sonach die liberatorischen, die accessorischen und die cumulativen Rechtsgeschäfte nach dem Principe einer Correspondenz der Form im Allgemeinen geordnet sind, so ist nun bei der weiteren Frage, ob darüber hinaus auch eine Correspondenz der Worte und zwar zunächst in dem absoluten Theile des Geschäftes geboten war, abzusehen von den Geschäften, wo hierfür nur eine einzige Formel dem Contrahenten zu Gebote stand, somit also die Ordnung gesetzlich ein für allemal gegeben war, wie z. B. bei der nexi liberatio, bei der nuncupativen und der litteralen acceptilatio, (A. 69), ingleichen bei dem außerproceßualischen vadimonium, wie endlich bei der an die coemtio sich anschließende Wechselfrage. Wo dagegen gesetzlich eine Mehrheit von Formeln gegeben war, da war es allerdings für den Rechtsverkehr selbst das Bequemste, Nächstliegende und Einfachste, nach der Structur und dem Wortlaute der Formel des bezogenen Geschäftes auch die Formel des bezüglichen Geschäftes zu construiren; ob indeß auch gesetzlich solche Correspondenz der Formel-Worte erfordert wird, dafür bieten die Quellen allerdings keine Andeutung, vielmehr wird insbesondere auf dem Gebiete des Stipulationsrechtes mit seiner Mehrheit von absoluten Formeln von Gai. bekundet, daß die Adstipulation nicht an die Formel der Stipulation gebunden sei [84]). Allein immerhin werden wir solche Freiheit doch nur als ein Product jüngerer Rechtsentwickelung: der Periode des Verfalles der Formeln (§ 56) anzusehen, für die älteste Zeit dagegen anzu-

---

a re in personam ergiebt es die Natur des Geschäftes. Die transscriptio a persona in personam kann allerdings nur die Litteralobligation noviren; allein hier beruht solches nur in der Natur des Geschäftes, nicht auf einem Rechtsprincip. Gai. III, 176. 177 setzt zwar voraus, daß die durch expromissio oder delegatio novirte Obligation auf Stipulation beruht; allein gegenüber der stipul. Aquiliana ist daraus Nichts für das Princip zu folgern.

84) Gai. III, 112: potest etiam aliis verbis uti adstipulator, quam quibus nos usi sumus. Itaque si verbi gratia ego ita stipulatus sim: „Dari spondes?“ ille sic adstipulari potest: „Idem fide tua promittis?“ vel: „Idem fide iubes?“ vel contra.

nehmen haben, daß damals auch für adstipulatio und adpromissio jenes Gesetz correspondirender Worte in dem absoluten Theile des Geschäftes als juristische Anforderung gegolten habe[85].

Dagegen hinsichtlich der dispositiven Worte der correspondirenden Rechtsgeschäfte fehlt es an jedem Anhalte, zu entscheiden, ob auch hierin eine mit dem bezogenen Geschäfte correspondirende Formelconception erfordert wurde[86].

B. Das legale Wort als das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes.

§ 5.

1. Das legale Wort als das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes im Allgemeinen.

Indem der rigor die Willenserklärung, somit das legale Wort: verbum oder dictum, scriptum, ῥητόν (§ 1) im Gegensatze zur Willensbestimmung zu dem rechtsverbindlichen Elemente des Rechtsactes erhebt, so gewinnt damit jenes legale Wort einen Werth und eine Stellung, die wir in modernisirender Auffassung als juristische Repräsentation der rechtlichen Willensbestimmung bezeichnen können. Denn gleichwie der Repräsentant im Bereiche solcher Stellung die Persönlichkeit des Repräsentirten vollständig verdeckt, ja in sich aufnimmt, indem auf ihn die Willensaction des Letzteren sich überträgt und seine Willensbestimmung als die des Repräsentirten juristisch gilt, so nun

85) Dies nehmen auch an Westrik ad loc. Gaii de sponsor. p. 16, Puchta, Inst. § 264. p. Bekker, proc. Cons. 189. 264. Vgl. Plaut. Curc. V, 2, 74 fg. Trin. V, 2, 38 fg. Eine Bestätigung des obigen Gesetzes klingt übrigens, eine tralaticische Ausdrucksweise vorausgesetzt, etwa noch durch bei Paul. 12 ad Sab. (D. XLVI, 4, 14): nisi consentiat acceptilatio cum obligatione, — — imperfecta est liberatio, quia verbis verba ea demum resolvi possunt, quae inter se congruunt. Die fideiussio insbesondere war jedoch zu jung, um jemals unter die Herrschaft jenes Gesetzes zu fallen.

86) Bezüglich der adstipulatio wie adpromissio negirt dies implicite Gai. III, 113. 126; vgl. jedoch A. 85.

wird dort dem Worte die Stellung eingeräumt, daß der ihm eigene, ſomit ſein allgemein ſprachlicher Denkgehalt die Willensbeſtimmung des Redenden vertrete, gleichgültig, ob dieſe Vertretung in Wirklichkeit obwaltet oder nicht. Wenn gleich daher das römiſche Recht zu allen Zeiten dem Worte den Beruf zuerkennt, Träger eines adäquaten Willens zu ſein, ſo daß es ausgehen muß von einem willensfähigen Individuum, um juriſtiſchen Effect zu erlangen, ſo gewinnt doch nach dem rigor das Wort in dem Momente, wo es von dem willensfähigen Individuum ausgeſprochen iſt, ſeinem Autor gegenüber ſeine Unabhängigkeit und Sebſtſtändigkeit wieder, kraft welcher es fortan ſeinen eigenen Denkgehalt, gegeben durch ſeinen nationell ſprachlichen Begriffswerth, ſelbſtſtändig in ſich trägt, aufrecht erhält und juriſtiſch geltend macht, nicht aber hinſichtlich dieſes Denkgehaltes von dem Gedanken und der Willensmeinung ſeines Autors abhängig iſt und beſtimmt wird. Es befreit ſich das Wort, wie in Thl. I § 9 geſagt, ſobald es verlautbart iſt, von aller Abhängigkeit vom Willen deſſen, der es ſetzte: es gewinnt ſeine eigene Selbſtſtändigkeit wieder und tritt auf als eigene Macht, bezüglich ſeines Sinnes unabhängig von dem Gedanken des Redenden und deſſen individuellen Willen; oder, wie Modestin. de Heurem. (D. XXXIII, 2, 19) ſich ausdrückt: plus valet scriptura, quam peractum sit.

Dieſer Satz tritt hervor zunächſt bezüglich der leges in der Formel von deren Annahme Seitens der abſtimmenden Comitien, inſofern auf die Rogation des das Geſetz einbringenden Magiſtrates: velitis, iubeatis, Quirites, hoc sic fieri, die Zuſtimmung lautete: Uti rogas (scil. ita volo, iubeo)[87]. Denn dieſe Formel erklärt den Beitritt zur rogirten lex nicht nach deren Inhalt: nicht für ea, quae rogas, ſondern nach der Form der Kundgebung ihres Inhaltes: für uti rogas. Und daß nun auch dieſe Formulirung der Zuſtimmung zum Geſetze auf uti keineswegs als eine von dem Alterthume ſelbſt gar nicht erkannte und lediglich von uns hineingetragene Feinheit der Redewendung angeſehen werden darf, ergeben die XII Tafeln, wo wir in gleich characteriſtiſcher und hier zwar un-

87) Marquardt, r. Alterth. II, 3, 96.

zweifelhaft wohl berechneter Anwendung jenem nämlichen uti begegnen.

Denn hinſichtlich des testamentum, nexum und der mancipatio verordnen die XII Tafeln:

uti legassit, super pecunia tutelave, suae rei, ita ius esto;
cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto,

ſo daß auch hier jenes uti hervortritt und zwar, in dem zweiten Geſetze, noch beſonders beſtimmt durch die Verbindung mit lingua nuncupare. Und daß nun hierin eine Sanction jenes dem rigor anheimfallenden Principes der Prävalenz des verbum in der That enthalten iſt, erkennen die Quellen mehrfach an:

Cic. de Off. III, 16, 65: cum ex XII tab. satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata [88]);
Fest. v. nuncupata p. 173 M.: uti lingua nuncupassit, id est uti nominarit locutusve erit;
vgl. Jul. 29 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. § 2) und Scaev. 6 Quaest. (D. XXVIII, 2, 29. § 10) in § 28 unter d.

Sodann bekundet gleichen Satz für die Stipulation

Cic. p. Caec. 3, 7: si quis, quod spopondit, qua in re verbo se obligavit uno, si id non facit, maturo iudicio sine ulla religione iudicis condemnatur.

Parallel mit jenem uti nuncupassit und dergl. ſteht aber auch das in den Arvalacten häufig vorkommende: quae in verba vovi und in eadem verba voveo, ſo z. B. bei Henzen, scavi nel bosco sacro dei frat. Arv. 4, 36. 39. 53, 24. 60, 7. u. ö., während jenes uti ſelbſt wiederkehrt in der Fetialformel des foedus feriendum bei Liv. I, 24, 7: ut[i] illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt sine dolo malo utique ea hic hodie rectissime intellecta sunt, illis legibus pop. Rom. prior non deficiet; ſodann in der Formel der Selbſtdevovirung in A. 98, und in dem testamentum per aes et libram bei Gai. II, 104: haec ita, ut[i]

88) Für die Leſung bei Cic. p. Caec. 23, 65: si contra verbis et litteris et, ut dici solet, summo iure contenditur — — illud, quod dicitur „Uti lingua nuncupassit“ irrident, fehlt die handſchriftliche Beglaubigung.

in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor.

Wenn ſomit dieſes Princip des rigor darin ſich kund giebt, daß das verbum für ſich allein ſo Recht, wie Rechtspflicht und ebenſo in Exiſtenz und Wirkung, wie in Gehalt und Umfang beſtimmt, ſo bieten ſich nun manichfache Beiſpiele für ſolche Anwendung und Geltung des Principes und zwar zunächſt in dem höchſt ſignificanten Vorkommniſſe, welches ſich ereignete, als man unter Tarquinius Superbus beim Graben des Grundes für den Tempel des capitoliniſchen Jupiter auf dem tarpejiſchen Hügel ein Menſchenhaupt fand und über die Deutung dieſes ostentum bei dem berühmten etruskiſchen vates Olenus Calenus anfrug; denn indem Letzterer erkannte, daß jenes ostentum den Fundort als das künftige Haupt der Welt bezeichne, ſo gedachte derſelbe, durch Liſt das Götterzeichen zu Gunſten ſeines eigenen Volkes zu wenden: mit einem Stabe das Bild des tarpejiſchen Hügels auf den Erdboden hinzeichnend, frug er die römiſchen Geſandten: hoc ergo dicitis, Romani, hic templum Jovis optumi maxumi futurum est? hic caput invenimus? Würden nun die Geſandten dieſe Frage bejaht haben, ſo war der Zweck der captiöſen Frage erreicht; allein die Römer antworteten vorſichtiger Weiſe: non plane hic, sed Romae (und etwa noch: neque a vobis, sed a nobis) inventum caput dicimus, und vereitelten damit jene captio des Etruskers [89]). Hiermit aber ſtimmt überein der Satz der Auguraldiſciplin, daß das vom Augur wiſſentlich falſch nunciirte Auſpicium als wahr angenommen werden darf, wenn immer auch der Augur dadurch die Strafe der Götter verwirkt [89a]).

Hierneben werden ſodann folgende Vorkommniſſe berichtet [90]): Eine Frage, welche der römiſche Bürger bei der Cenſur von

89) L. Piso bei Plin. H. N. XXVIII, 2, 15. Dion. IV, 60. Serv. in Aen. VIII, 345. Zon. VII, 11.

89a) Plin. H. N. XXVIII, 4, 17. Liv. X, 40, 11 fg. Cic. Phil. II, 35, 88. vgl. Müller, Etrusker II, 134. Marquardt, r. Alterth. II, 3, 114. IV, 349 fg.

90) Alle dieſe Beiſpiele enthalten, weil bezüglich des Eides hervortretend, mißbräuchliche Anwendungen des rigor: denn der Eid iſt nicht ex verbo, ſondern ex sententia zu interpretiren ſ. § 38. Vgl. jedoch A. 99.

den Censor unter Anderem vorgelegt erhielt, lautete: tu ex animi sententia uxorem liberum quaesundum gratia habes? worin die Formel uxorem liberum quaesundum gratia habere lediglich als legale Umschreibung der Ehe im Gegensatze zu dem nicht legitimen Geschlechtsverhältnisse gilt und insbesondere das Merkmal des liberum quaesundum gratia nur als ein psychisches Moment, als Motiv und Absicht der sich Vereinigenden das Wesen der Ehe bestimmt. Sp. Carvilius Ruga jedoch stützte im J. 523 auf die von ihm geschehene Bejahung solcher Frage seine Ehescheidung unter der Deduction: das Merkmal des liberum quaesundum gratia bestimme gleich als causales Moment: als Zweck das Wesen der Ehe, so daß daher die Existenz der Letzteren von der Verwirklichung des Ersteren bedingt sei; da nun seine Ehefrau steril sei, so verbiete ihm der geleistete Eid, die Letztere noch länger als Ehefrau zu behalten [91]).

Nach der Schlacht bei Cannae im J. 538 entsendete Hannibal aus seinem Lager an den römischen Senat zehn gefangene Römer als Unterhändler über den Loskauf der Kriegsgefangenen, nachdem er denselben die eidliche Verpflichtung der Rückkehr in sein Lager für den Fall der Fruchtlosigkeit ihrer Mission auferlegt hatte. Der eine Abgesandte kehrt, kurz nachdem er das Lager verlassen, in dasselbe zurück unter dem Vorwande, etwas vergessen zu haben; dann seinen Weg nach Rom fortsetzend, unterläßt er später nach dem Scheitern der Mission die Rückkehr in das Lager unter dem Hinweis, daß er seine eidliche Verpflichtung bereits durch jene Umkehr auf dem Wege erfüllt habe [92]).

---

91) Vgl. Voigt, Lex Maenia A. 64. 181

92) C. Acilius Glabrio bei Cic. de Off. III, 32, 115. Polyb. VI, 58. und danach Cic. de Off. III, 32, 113. vgl. das Gloſſem daſ. I, 13, 40. Liv. XXII, 58, 8. 61, 8. XXIV, 18, 5. Gell. VI, 18. Val. Max. II, 9, 8. Zon. IX, 2. — Ein anderes Beiſpiel aus der griech. Geſchichte bieten Plut. Apoph. Lacon. Cleomenis II fg. p. 223. Cic. de Off. I, 10, 33, wozu vgl. Polyaen. VII, 43: Cleomenes hat mit den Argivern einen Waffenſtillſtand für 7 Tage geſchloſſen und überfällt die Letzteren in der 3. Nacht, weil er nur für die Tage, nicht auch für die Nächte den Vertrag geſchloſſen.

Die Sclaven des Tremellius Scrofa, Quäſtor im J. 612, hatten dem Gutsnachbar eine Mutterſau: scrofa geſtohlen; Tremellius hiervon in Kenntniß geſetzt, läßt den Cadaver des getödteten Thieres auf dem Lager ſeiner Gattin unter den Decken bergen, führt dann den Beſtohlenen zu dieſem Lager, worauf Jene ruht, und ſchwört nun, auf das Bett zeigend: nullam esse in villa sua scropham nisi istam, quae in centonibus iacet, womit der Beſtohlene ſich beruhigt in dem Glauben, Tremellius habe die eigene Gattin durch scrofa bezeichnet [93]).

Endlich bietet eine Anwendung dieſes Principes die Entſcheidung gewiſſer älterer Juriſten, welche referirt:

Ulp. 42 ad Sab. (D. XXI, 2, 31.): si ita quis stipulanti spondeat: „Sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse“ (sc. servum venditum) et cetera, inutilis stipulatio videtur, quia, si quis est in hac causa, impossibile est, quod promittitur, si non est, frustra est.

Dieſes Princip des rigor führte daher, um ſolcher Ausbeutung des verbum vorzubeugen, zu jener ſo peinlichen Genauigkeit und Sorgſamkeit in Conception von Geſetzen und Rechtsgeſchäften [94]); und wie dieſer penible Styl der Rechtsacte durch die zahlreichſten Ueberlieferungen bekundet wird [95]), ſo wird andrerſeits die dabei maaßgebende Tendenz, dadurch die captiöſe Mißdeutung der Rede auszuſchließen, ausdrücklich be-

---

93) Macr. Sat. I, 6, 30, wozu vgl. Melissus bei Gell. XVIII, 6, 4: matrona est, quae semel peperit; quae saepius, materfamilias; sicuti sus, quae semel peperit, porca, quae saepius, scrofa.

94) Wegen gleicher Erſcheinung bei anderen italiſchen Völkern vgl. Aufrecht und Kirchhoff, umbr. Sprachdenkm. II, 138. Müller, Etrusker I, 55. A. 118.

95) So z. B. die lex arae numinis Augusti dedicandae von Narbo Mart. bei Herzog, Gallia Narbon. append. p. 3: numen Caesaris Augusti — —, quando tibi hodie hanc aram dabo dedicaboque, his legibus hisque regionibus dabo dedicaboque etc.; lex munic. Salpens. c. XXII. XXIII; edict. perpetuum in Dig. XXXVIII, 4, 1. pr. XLIII, 30, 1. pr.; stipulatio Aquiliana bei Florent. 8 Inst. (D. XLVI, 4, 18. § 1). Auch das qua de re agitur und quo de agitur des Proceſſes gehört hierher.

zeugt bei Gelegenheit der Formel für Opferſpendung von Wein: mactus hoc vino inferio esto[96]) von

Trebat. bei Arnob. adv. Gent. VII, 31: „inferio“ verbum ea causa est additum eaque ratione profertur, ne vinum omne omnino, quod in cellis atque apothecis est conditum, ex quibus illud quod effunditur promptum est, esse sacrum incipiat et ex usibus eripiatur humanis. Addito ergo hoc verbo solum erit, quod inferetur, sacrum nec religione obligabitur caeterum,

wozu Arnob. beifügt: qualis ergo hic honor est, in quo imponitur quasi lex deo, ne plus quaerat, quam datum est? Aut cuius ipse est aviditatis deus, qui nisi verbi fuerit praescriptione submotus, cupiditatem suam protendat ulterius et apothecis suis supplicem privet? — — Si exceptione non addita sacrum necesse est fieri omne omnino quod in cellis vinum, manifestum est et deo contumeliam fieri, cui modus constituatur invito.

Und ſodann nöthigte jenes Princip, durch eine beſondere Clauſel es ausdrücklich auszuſprechen, wenn der Redende ſeinen Rechtsact jenem Principe des verbum entziehen und ſtatt deſſen dem der voluntas unterordnen wollte. Solche Clauſeln ſind namentlich: quod me sentio dicere oder uti scio, sentio intelligo oder uti intellectum est oder ex animi mei sententia, und Beiſpiele dafür bieten ſich

in der Auguralformel für Abgränzung des templum nach Varr. LL. VII, 2, 8: arbor, quirquir est, quam me sentio dixisse und inter ea conregione — — utique ea rectissime sensi[97]);

in der magiſtratiſchen Formel der Devovirung feindlicher Staaten und Heere nach Macr. Sat. III, 9, 10. fg. Dis Pater, Veiovis, Manes — —, ut omnes illam urbem Carthaginem exercitumque, quem ego me

96) Vgl. Marquardt, Handb. IV. A. 3078.

97) Fälſchlich emendirt Bergk im Philologus 1859. XIV, 389. defixisse und sepsi.

sentio dicere, fuga — — conpleatis; — — exercitumque hostium, urbes agrosque eorum, quos me sentio dicere, uti vos eas urbes agrosque — devotas — habeatis. — —

Si haec ita facitis, ut ego sciam, sentiam intelligamque, tum etc.[98])

in der fetialen Eidesformel des foedus feriendum bei Liv. I, 24, 7: uti ea hic hodie rectissime intellecta sunt, illis legibus populus Romanus prior non deficiet;

wie auch in den Eides-Clauseln: ex animi mei sententia und bona fide[99]);

in der Formel der voti nuncupatio in den tab. fratr. Arv. XXIII, 44. Mar.: Juppiter Optime Maxime, si imperator Titus Caesar Vespasianus — — et Caesar, Divi filius, Domitianus, quos nos sentimus dicere, vivent, — — eventumque bonum ita, uti nos sentimus dicere, [dederis]; und parallel tab. XXIV, 2. 6: quos me sen[tio dicere] und ita, [uti me sentio dice]re; und ebenso in den Tafeln bei Henzen, scavi nel bosco sacro dei frat. Arv. 42, 31. 35. 43, 4. 53, 20. 56, 11. und in Bullet. 1859. p. 104, 7. 11. 105, 44. 49. 115, 27.

in der lex aedis Jovis Liberi Furfens. dedicand. v. 696 in C. J. L. I no. 603 lin. 8 fg.: venditio locatio aedilis esto, quemquomque veicus Furfens(is) fecerint; quod se sentiunt, eam rem sine scelere, sine piacul[o][100]).

98) Anders in der Formel der Selbst-Devovirung bei Liv. VIII, 9, 8: sicut verbis nuncupavi, ita pro re publica Quiritium — legiones auxiliaque hostium mecum Diis Manibus — devoveo, was parallel ist dem bei A. 88 Besprochenen.

99) Vgl. Beil. VII. § 4. Wegen ex animi mei sententia vgl. noch Cic. Acad. pr. II, 47, 146. de Off. III, 29, 108. Liv. XLIII, 15, 8; ex mei animi sententia in dem iusiurandum Ariliensium bei Fabretti Inscr. p. 574. Diese Clausel selbst enthielt jedoch insofern etwas Ueberflüssiges, als der Eid im Allgemeinen der aequitas unterfiel: § 88.

100) Wegen des Verständnisses dieser Stelle s. Voigt, drei epigr. Constitutionen A. 58.

und nicht minder gehörten hierher theils die Clauſeln: huic monumento dolus malus et ius civile abesto und huic monumento, ab hoc collegio dolus malus oder dolus abesto (A. 672), ſowie auch die doli clausula (Beil. XIX. § 4).

§ 6.

2. Die conſonirenden Worte insbeſondere als das rechtsverbindliche Element des zweiſeitigen Rechtsgeſchäftes.

Der in § 3 dargelegte Satz, daß bei dem zweiſeitigen Rechtsgeſchäft das legale Wort zum conſonirenden Worte ſich geſtaltet, bedingt für das hier behandelte Princip, wonach das legale Wort das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes iſt, bezüglich jenes Geſchäftes die beſondere Anwendung, daß das conſonirende Wort auch das rechtsverbindliche Element ſolchen Geſchäftes iſt. Dieſer Satz tritt noch hervor bezüglich der Stipulation und Expenſilation in

Gai. III, 137: in his contractibus (sc. qui consensu fiunt) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur; lib. 2 Aureor. (D. XLIV, 7, 1. § 7): verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fierive nobis stipulemur;

ſowie bezüglich der Stipulation bei

Modestin. 2 Reg. (D. XLIV, 7, 52. § 2): obligamur — verbis, quum praecedit interrogatio et sequitur congruens responsio, im Gegenſatze zu § 4: consentientes in aliquam rem ex consensu obligari necessario ex voluntate nostra videmur.

Im Beſonderen giebt ſich ſolcher Satz in den Anwendungen und bei

Gai. III, 102: inutilis est stipulatio, si quis ad id, quod interrogatus erit, non responderit, veluti si sestertia X a te dari stipuler et tu nummum sestertium V milia promittas (vgl. A. 156);

Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 3): si ita interrogatus: „Intra kalendas quintas“, responderit: „Dabo idibus“ (ſomit durchſchnittlich 14 Tage früher), — non obligatur; non enim sic respondit, ut interrogatus est;

Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 2): si stipulante me Stichum aut Pamphilum tu unum daturum te spoponderis, constat non teneri te nec ad interrogatum esse responsum (vgl. A. 157),

wo allenthalben das ad interrogatum esse responsum einer der mehreren Geſichtspunkte iſt, nach denen die altüberlieferte Theorie der stipulatio inutilis von der Wiſſenſchaft behandelt wurde, und der auch bei Gai. 2 de Verb. Obl. (D. XLV 1, 141. § 3) wiederkehrt. Endlich iſt die Geltung jenes Satzes bei der acceptilatio indirect noch bezeugt von

Papin. 1 Defin. (D. II, 15, 5.): cum Aquiliana stipulatio interponitur, — — lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur. Liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentium fregit;

denn hierdurch bekundet Papinian, daß einſt der Rechtsſatz Geltung hatte, es würden durch die stipulatio Aquiliana auch diejenigen Obligationen aufgehoben, welche zwar nach der Wortfaſſung, nicht aber nach der Willensbeſtimmung der Distrahenten in der stipulatio inbegriffen waren, und daß erſt die ſpätere Rechtswiſſenſchaft ſolche „liberalitas“ beſeitigte.

§ 7.

Die beſonderen Conſequenzen des Principes, daß das legale Wort das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes iſt.

Das Princip des rigor, daß im Allgemeinen das legale Wort das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes und im Beſonderen das conſonirende Wort das rechtsverbindliche Element des zweiſeitigen Rechtsgeſchäftes iſt, prägt ſich aus in mehrfachen Conſequenzen, die zugleich jenes Princip am Anſchaulichſten und Deutlichſten vor Augen führen. Und zwar ordnen ſich alle dieſe Conſequenzen dem doppelten Geſichtspunkte unter, daß theils das Wort mangelhaft die Willensbeſtimmung des Redenden vertritt, theils dieſe Willensbeſtimmung an und für ſich eine mangelhafte iſt.

Die Vorkommniſſe ſelbſt aber, in denen eine Mangelhaftigkeit der Willenserklärung hervortritt, ſind wiederum verſchiedenartig und reduciren ſich auf folgende Verhältniſſe:

1. das Wort an ſich iſt nicht mangelhaft, wohl aber iſt mangelhaft ſeine Vertretung der Willensbeſtimmung des Redenden. Hier daher iſt der Mangel ein innerer: das formell genügende verbum iſt der voluntas nicht conform. Dieſer Mangel beruht darin, daß entweder das verbum nicht adäquat iſt der voluntas d. h. einen anderen Denkinhalt vertritt, als worauf die voluntas zum Zeitpunkte des Redens ſich richtete, oder aber nicht congruent iſt der voluntas d. h. eine andere, ſei es engere, ſei es weitere Begriffsſphäre vertritt, als auf welche die voluntas zum Zeitpunkte des Redens ſich erſtreckte. Dieſem Verhältniſſe unterfallen die zwei Vorkommniſſe:

a. jene mangelhafte Vertretung iſt Seitens des Redenden eine abſichtliche: Simulation oder Scheingeſchäfte und verwandte Fälle: § 8;

b. jene mangelhafte Vertretung iſt Seitens des Redenden eine unabſichtliche: Interpretationsfall von scriptum et voluntas [101]): § 9.

2. das Wort d. i. die Rede an ſich iſt mangelhaft und vertritt um deßwillen mangelhaft die Willensbeſtimmung des Redenden. Dieſem Verhältniſſe unterfallen die vier Vorkommniſſe:

a. die Rede iſt lückenhaft, indem die gebrauchten Worte nicht zureichen, der Rede einen befriedigenden Sinn abzugewinnen: Interpretationsfall der ratiocinatio: § 10. Hierunter ordnen ſich zwei Vorkommniſſe: theils die reale Lückenhaftigkeit der Rede, wo einer äußerlich abgeſchloſſenen Gedankenreihe der innere oder reflexive Abſchluß mangelt, indem ein dafür erforderliches Glied fehlt, weil der Redende ſolchen fehlenden Gedanken nicht zum Ausdrucke vermittelt hat; theils die formale

101) Wegen der im Obigen geſchiedenen Interpretationsfälle vgl. Beil. XVII. § III. Einiges Material für dieſelben in ihrer Stellung gegenüber dem rigor bieten: Fr. Hotmann, Iurisconsultus in Oper. I, 1087. fg. J. H. Böhmer, de Interpretationis grammat. fatis et usu vario in iure Rom. in der Praefatio zu des Heineccius Ausgabe von Brisson de Verb. Sign. Vgl. A. 159.

Lückenhaftigkeit der Rede, wo einer äußerlich abgeſchloſſenen Wortreihe der ſatzmäßige oder periodiſche Abſchluß mangelt, indem durch Ausfall von Worten oder Buchſtaben oder Lauten entweder die äußere Continuität der Worte oder die ſyntaktiſche Vollſtändigkeit des Satzes geſtört iſt (ſ. Beil. XVII § VII);

b. das Wort iſt undeutlich, indem der durch daſſelbe vertretene Begriff hinſichtlich der in ſeinem Inhalte oder Umfange enthaltenen Einzelheiten nicht abſolut beſtimmt und in Folge deſſen im betreffenden Falle Zweifeln unterworfen iſt: Interpretationsfall der definitio: § 11;

c. das Wort iſt mehrdeutig, indem daſſelbe mehr als Einen Begriff vertritt: Interpretationsfall der ambiguitas: § 12;

d. die Rede iſt widerſprechend, indem zwei oder mehrere zuſammengehörige Worte unter einander in einem zweifelhaften Verhältniſſe des Widerſpruches ſtehen: Interpretationsfall der contrariae leges: § 12.

Eine beſondere Qualification gewinnen ſodann die Fälle der mangelhaften Willenserklärung und namentlich des scriptum et voluntas und der ratiocinatio vom Standpunkte des ſpäteren Rechtes dann, wenn die Wahl des mangelhaften Wortes oder die Auslaſſung des erforderlichen Wortes nicht einfach durch einen ſingulären Sprachgebrauch des Redenden oder einen zufälligen Umſtand beſtimmt, vielmehr durch einen error des Redenden oder durch Einwirkung eines Dritten mittelſt dolus oder vis beeinflußt ward: § 13.

Dagegen die Willensbeſtimmung an ſich iſt vom Standpunkte des ſpäteren Rechtes vitiös, wenn dieſelbe auf einem error des Wollenden beruht oder durch Einwirkung eines Dritten mittelſt dolus oder vis beeinflußt iſt: § 14.

Allen dieſen Verhältniſſen gegenüber wird nun die Stellung des rigor durch das Princip unmittelbar beſtimmt: das verbum iſt das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes; denn auf Grund deſſen iſt in den Fällen unter 1 das verbum vollgültig, und irrelevant iſt die Abweichung der voluntas von ſolchem; daher insbeſondere auch die Interpretation wegen scriptum et voluntas gänzlich ausgeſchloſſen iſt. Und gleiche Conſequenz gilt auch in dem Letzten der obigen Fälle, wo die Willensbeſtimmung ſelbſt durch error, dolus oder vis beeinflußt iſt.

Dagegen in den Fällen unter 2 iſt bei definitio, ambiguitas und contrariae leges die Interpretation allerdings nothwendig, weil in dem Worte an ſich der Mangel liegt; allein dieſelbe hat es hierbei immer nur mit dem verbum an ſich zu thun: das Wort iſt aus ſich ſelbſt heraus d. h. nach allgemein ſprachlichen Geſetzen, nicht aber aus dem Willen des Redenden heraus zu interpretiren. Dagegen bei der ratiocinatio iſt wiederum jede Interpretation ausgeſchloſſen, weil das fehlende Wort nicht als Wort zum Ausdrucke gelangte und inſoweit alſo ein rechtsverbindliches Element überhaupt nicht exiſtirt. Vermag aber auf ſolchem Wege die Interpretation der mangelhaften Willenserklärung einen vernünftigen Sinn nicht abzugewinnen, ſo daß die Mangelhaftigkeit eine unheilbare iſt, ſo bleibt nun inſoweit dem Rechtsacte der juriſtiſche Effect verſagt:

Qu. Muc. Ὅρων (D. L, 17, 73. § 3): quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt ac si scripta non essent (vgl. A. 453).

§ 8.

a. Irrelevanz der Simulation oder der nicht ernſtlichen Willenserklärung beim Rechtsacte.

Das Princip des rigor, daß das legale Wort das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes iſt, ergiebt für das Rechtsgeſchäft eine völlig andere Weſenbeſtimmung, als das entgegenſtehende Princip der aequitas. Denn während die Letztere neben der Willensäußerung des Handelnden noch eine gewiſſe Willensbeſtimmung deſſelben erfordert (§ 17), ſo beruht nach dem rigor das Weſen des Rechtsgeſchäftes allein darin, daß die betreffenden legalen Worte von einer willensfähigen Perſon verlautbart werden, wogegen die bei ſolcher Kundgebung des Wortes obwaltende Willensbeſtimmung des Redenden durchaus irrelevant iſt. Dies nun macht ſich geltend zunächſt in dem Falle der Simulation, und ſodann in dem Falle, daß überhaupt ohne irgend welche rechtsverbindende Abſicht, ſomit um eines ganz außerhalb des Rechtes fallenden Zweckes willen rechtsgeſchäftliche Worte geſprochen werden. Denn beide Male iſt das Ausſprechen an ſich der legalen Worte zureichend, um den damit geſetzlich verknüpften Effect herbeizuführen. Dieſe Conſequenz

offenbart ſich zunächſt bezüglich des letzteren jener beiden Fälle in folgenden Vorkommniſſen:

Der dem Zeitalter Auguſt's angehörige Rhetor C. Albucius Silus vertrat in einem iudicium centumvirale als orator die eine Partei; und zwar war dieſer Proceß wahrſcheinlich eine querela inofficiosi testamenti, in welcher nun Albucius den Teſtamentserben als Beklagten gegenüber dem Sohne des Erblaſſers als dem Kläger vertrat. Albucius erhob wider den Kläger die Anſchuldigung der Impietät gegen ſeinen verſtorbenen Vater und insbeſondere den Vorwurf, deſſen pflichtſchuldige Beſtattung unterlaſſen zu haben. Um nun dieſen Vorwurf mit oratoriſchem Effecte geltend zu machen, gebrauchte er als rhetoriſche Figur die Redewendung: „Placet tibi rem iure-iurando transigi? Jura! set ego iusiurandum dabo: iura per patris cineres qui inconditi sunt; iura per patris memoriam!“ Alsbald erhob ſich der Anwalt des Klägers L. Arruntius, mit dem Ausruf: „Accipimus condicionem; iurabit!“ Vergeblich proteſtirte Albucius hiergegen mit dem Hinweis, er habe gar nicht den Eid angetragen, ſondern lediglich einer rhetoriſchen Figur ſich bedient; die Centumvirn ließen dem Gegner das iusiurandum zu, trotzdem die ganz ungewöhnliche Eidesformel, ebenſo wie der Zuſammenhang der Rede, in welcher jene ausgeſprochen wurde, die Behauptung des Albucius evident machten, der Eidesantrag ſei nicht ernſthaft von ihm gemeint geweſen [102]).

---

102) Sen. Contr. VII. praef. 6 fg.: in quodam iudicio centumvirali, quum diceretur iurisiurandi condicio aliquando facta ab adversario, induxit eiusmodi figuram, qua illi omnia crimina regeret: „Placet“ inquid „tibi rem iureiurando transigi? iura! set ego iusiurandum dabo: iura per patris cineres qui inconditi sunt; iura per patris memoriam!“ et executus est locum. Quo perfecto surrexit L. Arruntius ex diverso et ait: „Accipimus condicionem; iurabit!“ Clamabat Albucius: „Non detuli condicionem; schema dixi“. Arruntius instabat. Centumviri rebus iam ultimis properabant; Albucius clamabat: „Ista ratione schemata de rerum natura tolluntur.“ Arruntius aiebat: „Tollantur; poterimus sine illis vivere“. Summa rei haec fuit: centumviri dixerunt dare ipsos secundum adversarium Albucii, si iuraret. Ille iuravit. Albucius non tulit hanc contumeliam, sed iratus calumniam sibi imposuit: numquam amplius in foro dixit. Suet. de Rhet. 6: cum in

Ein analoges Vorkommniß aus der auguſteiſchen Zeit, bei dem allerdings nicht das legale Wort, wohl aber eine entſprechende Handlung als Willenserklärung auftritt, theilt Suet. de Rhet. 1. mit: venalicii, quum Brundusii gregem venalium e navi educerent, formoso et pretioso puero, quod portitores verebantur, bullam et praetextam togam imposuere; facile fallaciam celarunt. Romam venitur; res cognita est; petitur puer, quod domini voluntate fuerit liber, in libertatem. Trotzdem daher hier es zweifellos war, daß die Sclavenhändler nur in der Abſicht, den Hafenzoll zu hinterziehen, den Sclaven mit den Attributen der Freiheit bekleidet hatten, wird dieſer Act doch als manumissio inter amicos nach Maaßgabe der lex Junia Norbana (ſ. Thl. II, A. 826) aufgefaßt und aufrecht erhalten.

Sodann in Plaut. Pseud. hat der Hurenhändler Ballio in Erfahrung gebracht, daß ihm Pſeudolus, der Sclave des Simo, eine Sclavin abzuſchwindeln im Plane habe, die er, Ballio, bereits an einen Anderen verkauft und zu übergeben hat. Später, in der irrigen Annahme, daß dieſer Schwindel vollſtändig vereitelt und ſo die Gefahr des Verluſtes glücklich beſeitigt ſei, und durch dieſen beruhigenden Gedanken in die fröhlichſte Stimmung verſetzt, fordert nun Ballio in ſeiner übermüthigen Laune den Simo auf, ſich von ihm ſelbſt 20 Minen ſtipuliren zu laſſen für den Fall, daß am ſelbigen Tage noch Pſeudolus ſein betrügeriſches Beginnen ausführe [103]). Auf dieſen Einfall geht Simo ein, und die Stipulation wird nun in der vorgeſchlagenen Weiſe vollzogen [104]). Bald darauf ſtellt ſich jedoch heraus, daß Ballio in der That bereits von Pſeudolus

---

lite quadam centumvirali adversario, quem ut impium erga parentes incessebat (sc. Albucius), iusiurandum quasi per figuram sic optulisset: „Jura per patris matrisque cineres, qui inconditi iacent“ et alia in hunc modum; accipiente eo condicionem nec iudicibus aspernantibus non sine magna sui invidia negotium afflixit.

103) IV, 6, 8—11: roga me viginti minas, | ille hodie si illa sit potitus muliere | sive eam tuo hodie gnato, ut promisit, dabit. | Roga obsecro hercle: gestio promittere.

104) IV, 6, 14—16: Si. nullum periclumst, quod sciam, stipularier: | Ut concepisti verba viginti minas | dabin? Ba. Dabuntur.

in jener Weise beschwindelt war, und nun macht Simo sein Forderungsrecht auf die stipulirten 20 Minen geltend [105]), worauf Ballio ihm vorstellig macht, daß doch die ganze Stipulation nur auf einem Scherze beruhe:

IV, 7, 126: aufertur, quod promissi per iocum a me praemium?

Allein da Simo durch diese Vorstellung sich nicht bestimmen läßt, seine Forderung fallen zu lassen, trotzdem er den Einwand als begründet anerkennt [106]), so entschließt sich nun Ballio zu zahlen: ohne processualische Weiterung und ohne die vorausgängige Drohung, im Falle einer Klage derselben die Einwendung der Scherzhaftigkeit des Stipulations-Abschlusses entgegenzustellen:

IV, 7, 132: sequere ergo hac sis me ad forum ut solvam.

Dieser Moment nun weist bei der von Plaut. den Hurenhändlern beigemessenen Neigung, Geldzahlungen sich zu entziehen, darauf hin, daß von jenem Einwande des nur im Scherze geschehenen Geschäftsabschlusses im Processe schlechter dings kein Erfolg zu erwarten war.

Was sodann die Scheingeschäfte betrifft, welche entweder einen anderen geschäftlichen Inhalt haben, als für welchen die Geschäftsform berufen ist, oder einem anderen Zwecke dienen, als welcher in dem mit der Letzteren verknüpften rechtlichen Effecte gegeben ist, so weist bereits das älteste Recht selbst den Verkehr fast unmittelbar auf solche simulirte Geschäfte hin, indem es mit Geschäftsformen für das unentgeltliche Geschäft in hohem Maaße kargte und so nun den Lebensverkehr veranlaßte, solches in das Gewand des entgeltlichen Geschäftes zu kleiden. Hierher gehört vor Allem die mancipatio nummo uno oder sestertio nummo: denn indem die Mancipation die Verlautbarung, wie die Vollziehung einer emtio enthält d. h. eines entgeltlichen Veräußerungsgeschäftes, zugleich aber rücksichtlich der Höhe des pretium emtionis oder rücksichtlich dessen proportionellen Verhältnisses zum Werthe der res emta keinerlei

105) IV, 7, 125: mihi — viginti minae (sc. dentur).

106) IV, 7, 127: de inprobis viris auferri praemium et praedam decet.

gesetzlicher Beschränkung unterlag, so stand es nun allerdings den Paciscenten frei, auch um ein unverhältnißmäßig niedriges pretium und somit auch um das kleinste Geld- oder Kupferstück die emtio in der Mancipation zu vollziehen, dafern nur überhaupt solches pretium effectiv war d. h. wirklich geleistet ward; oder mit anderen Worten: die Mancipation erforderte zwar ein effectives Pretium, allein es genügte, wenn dieses nur nominell war, so daß ein reelles Pretium nicht erfordert ward Allein indem die Mancipation juristisch doch nur das entgeltliche Geschäft zum Vollzuge vermittelt, so ist dieselbe wenn auch äußerlich, so doch nicht sachlich conform dem geschäftlichen Inhalte da, wo nur durch ein nominelles Pretium der Moment des Entgeltlichen gewahrt, reell somit ein unentgeltliches Geschäft vollzogen wird, daher ein Act der Simulation darin liegt, daß der nummus unus als Entgelt zwar fungirt, in Wahrheit aber solches gar nicht ist: die Mancipation ist dann eine imaginaria venditio [107]). Als solche imaginaria venditio fungirte aber die mancipatio nummo uno von früher Zeit her in den meisten Fällen der emancipatio [108]), adoptio und coëmtio, der fiducia cum amico [109]) und familiae emtio, wie der dotis datio, donatio [110]) und dergl. Und gleichermaaßen treten auch

107) Acr. in Hor. Sat. II, 5, 109 (s. A. 110). Etwas ganz Anderes ist es, wenn Gai. I, 113. 119. die Mancipation im Allgemeinen, somit auch in dem Falle, wo ein reelles Entgelt gegeben wird, für eine imaginaria venditio erklärt; denn dies beruht auf Voraussetzungen späteren Datums, die in § 53 dargelegt sind. Und endlich noch etwas Anderes ist es, wenn Ulp. fr. XX, 2. beim testamentum per aes et libram jüngerer Figur eine imaginaria mancipatio statuirt: denn dies setzt eine doppelte Potenzirung des Scheingeschäftes: ein imaginäres gerere per aes et libram, welches selbst wieder ein imaginäres emere vendere ist.

108) Caj. epit. I, 6, 3. Theoph. Par. I, 12, 6, wo τὸν ἕνα νοῦμμον nicht etwa das raudusculum, als vielmehr den nummus unus bezeichnet wie auch II, 23, 3 ergiebt.

109) So auch bei fiducia cum creditore, dafern das creditum, wofür die fiducia gewährt wird, bereits vorher begründet worden war, wie in dem span. instrumentum fiduciae in C. J. L. II. no. 5042 lin. 3.

110) Acr. in Hor. Sat. II, 5, 109: uno nummo, qui erat imaginaria venditio pro donatione; Vitruv. I, 4, 12. Hor. Sat. II, 5, 109. Porph. in h. l. und in zahlreichen instrumenta donationis, welche zusammenstellt Huschke, Flav. Syntr. donat. instrum. 39. Leist, Mancipation 169 fg.; instrum. fiduciae in C. J. L. II. no. 5042 lin. 15.

venditiones und locationes nummo uno, welche nicht in Form der Mancipation ſich vollziehen, hervor, und bei denen nun das gleiche Verhältniß obwaltet, wie bei der mancipatio nummo uno, inſofern ein Entgelt zwar effectiv geleiſtet wird, aber nur nominell iſt. Hierher gehört die emtio venditio nummo uno, welche als Geſchäftsform der Reſtitution des Univerſalcommiſſes Seitens des Fiduciar- an den Fideicommiſſar-Erben fungirt [111]); ſodann die venditio, wie locatio nummo uno als Form der Reſtitution des ususfructus fundi dotis nomine a domino proprietatis datus Seitens des Ehemannes an die Ehefrau [112]), wie auch als Form der Veräußerung von ager privatus vectigalisque Seiten des Staates an Privaten [113]), nicht minder aber auch die venditio nummo uno als Form der Schenkung von Gütern, welche unter öffentlicher Autorität verſteigert werden [114]), während andererſeits aus dem J. 711 berichtet wird, daß bei der locatio des publicum funus der Conſuln Hirtius und Panſa das Leichenbegängniß zu Ehren der Verſtorbenen sestertio nummo, ſomit in reiner Liberalität von dem Entrepreneur übernommen wird [115]).

Ein gleichartiges Geſchäft iſt ſodann die Wette mit rein nominellem Wetteinſatz: die sponsio mere praeiudicialis.

Die andere Claſſe von Scheingeſchäften aber ſind diejenigen Geſchäfte, welche nicht zu dem vom Geſetz ihnen zugewieſenen und mit ihnen verknüpften Zwecke, als vielmehr zu anderem

---

111) Gai. II, 252. Theoph. II, 23, 3. Javol. 3 ex Cass. (D. V, 3, 48).

112) Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. XXIII, 3, 66), wogegen Ulp. 69 ad Ed. (D. XIX, 2, 46) von der reellen loc. cond. ſpricht.

113) Lex agrar. (Thor.) v. 643 lin. 66; die Darſtellung von Rudorff in Zeitſchr. f. geſch. R. W. X, 115 fg. Huſchke in Richter und Schneider krit. Jahrb. 1841. V, 601 fg. bietet manches Zweifelhafte.

114) Cic. p. Rab. Post. 17, 45. vgl. Quint. XI, 3, 172. Suet. Caes. 50; einen analogen Fall bietet Epit. Liv. LV.

115) Val. Max. V, 2, 10. — Eine weitere Analogie bietet auch die condemnatio in nummus unus bei Val. Max. VIII, 2, 3. Plut. Mar. 38, 5. v. J. 654 f. Voigt, lex Maenia § 11. In gewiſſer Beziehung gehört hierher auch das Nominalvectigal von 1 As per Jugerum, womit der ager trientabularius belaſtet war, worüber vgl. Mommſen in Ber. d. ſächſ. Geſ. hiſt. phil. Cl. II, 98. Rudorff, gromat. Inſt. 287 fg. Schwegler, r. Geſch. II, 433. A. 1.

Zwecke verwendet werden, ſo daß der juriſtiſche Effect des Geſchäftes lediglich als Mittel dient für dieſen anderweiten juriſtiſchen Zweck, wie ſolches der Fall iſt bei der adoptio und emancipatio, wie bei der coëmtio fiduciae causa [116]), wo nicht die Uebertragung des ex iure Quir. meum esse, welches den juriſtiſchen Effect der Mancipation bildet, der Zweck der dabei vorgenommenen Mancipation iſt.

Und wenn nun allerdings im Verlaufe der Rechtsübung die Mehrzahl jener Geſchäftsfiguren in Folge ihrer regelmäßigen Anwendung im Verkehre den Character von Scheingeſchäften vollſtändig verloren, vielmehr durch Gewohnheitsrecht die Natur von ächten Geſchäftsformen angenommen haben, bei denen fortan nur noch von einer rechtlich ſancirten Unebenmäßigkeit zwiſchen der gegebenen Form und dem Zwecke oder dem ausgeſprochenen Inhalte des Geſchäftes, nicht aber von einer Simulation der Paciscenten die Rede ſein kann, ſo iſt doch, wie bemerkt, der hiſtoriſche Ausgangspunkt hiervon ein anderer und zwar in der Simulation gegeben: bevor jenes Gewohnheitsrecht das ſolenne Rechtsgeſchäft in die reine Geſchäftsform verwandelt hatte, waren jene Geſchäfte wirkliche Scheingeſchäfte, deren juriſtiſche Geltung lediglich auf dem obigen Principe des rigor beruhte. Und die Richtigkeit dieſer Auffaſſung beſtätigt ſich um ſo mehr dadurch, daß in dem Obigen Vorkommniſſe uns entgegentreten, welche niemals in Folge regelmäßiger Wiederholung im Lebensverkehre durch Gewohnheitsrecht die Natur von eigenen Rechtsgeſchäftsformen erlangt haben, wie in A. 113—115.

§ 9.

b. Unſtatthaftigkeit der Interpretation bei scriptum et voluntas.

Das scriptum et voluntas, scriptum et sententia, verba et sententia, ῥητὸν καὶ διάνοια, ῥητὸν καὶ ὑπεξαίρεσις iſt nach Maaßgabe von § 7. Beilage XVII. § I, III, IV derjenige Interpretationsfall, bei welchem eine Mangelhaftigkeit der Willenserklärung darin obwaltet, daß dieſelbe nicht conform die Willensbeſtimmung des Redenden verlautbart, ſomit alſo

116) Cic. p. Mur. 12, 27. Gai. I, 114.

der Redende das, was er ſagen wollte, falſch ausgedrückt hat. Iſt nun nach dem Principe des rigor die Willenserklärung das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes, ſo ergiebt ſich hieraus als unmittelbare Conſequenz, daß jene Disharmonie von Willens-Erklärung und -Beſtimmung juriſtiſch völlig irrelevant iſt, vielmehr die Erſtere allein und für ſich Recht ſetzt, ſomit nach Maaßgabe des Denkinhaltes allein, welcher von ihr repräſentirt und durch den allgemein ſprachlichen Wortſinn ihres Textes gegeben iſt, ohne daß die davon abweichende und darüber hinausliegende Willensbeſtimmung irgend wie juriſtiſch in Betracht käme, ſo daß demnach vom Standpunkte des rigor aus das scriptum et voluntas überhaupt einen Interpretationsfall gar nicht ergiebt, vielmehr die Interpretation lediglich auf jene andere Gruppe von Vorkommniſſen beſchränkt iſt, wo die Willenserklärung formell mangelhaft iſt.

Dieſe Sätze werden bei Gelegenheit der rhetoriſchen Theorie von den Status von Cornificius und Cicero vorgetragen und zugleich durch Gründe geſtützt, welche dazu dienen ſollen, das Princip des verbum in ſeiner Anwendung auf das scriptum et voluntas zu begründen und zu rechtfertigen, die aber in Wahrheit lediglich theils auf eine petitio principii, theils auf Utilitätsrückſichten hinauslaufen. Und zwar tritt ſolche petitio principii hervor in den drei Poſitionen:

a. Der Richter iſt berufen, dem Geſetze zu gehorchen; und dieſer Begriff des Gehorchens bedingt, daß Jener das verbum im Gegenſatz zur voluntas hinſichtlich derjenigen Diſpoſition befolge, welche ſeiner Entſcheidung ſich zu Grunde legt:

Cic. de Inv. II, 43, 127: iudicem legi parere, non interpretari legem oportere; vgl. I, 39, 70. II, 45, 131. 132. 133.

Cic. de Inv. II, 43, 125: nihil eos, qui iudicent, nisi id, quod scriptum sit, spectare oportere, et hoc eo magis, si legitimum scriptum proferetur, id est aut lex ipsa aut aliquid ex lege; vgl. I, 39, 70.

Auf dieſe Poſition ſtützt ſich

Cic. p. Cluent 52, 146 (worüber ſ. § 51): esse indignius in ea civitate, quae legibus contineatur, discedi ab legibus. Hoc enim vinculum est huius dignitatis,

qua fruimur in re publica, hoc fundamentum libertatis, hic fons aequitatis. Mens et animus et consilium et sententia civitatis posita est in legibus. Ut corpora nostra sine mente, sic civitas sine lege suis partibus, ut nervis et sanguine et membris uti non potest. Legum ministri magistratus, legum interpretes iudices, legibus denique idcirco omnes servimus, ut liberi esse possimus; 57, 155: quoniam omnia commoda nostra, iura, libertatem, salutem denique legibus obtinemus, a legibus non recedamus; simul et illud quam sit iniquum cogitemus, populum Romanum aliud nunc agere, vobis rem publicam et fortunas suas commisisse.

b. Das Princip der voluntas greift über in das Hoheitsrecht der Legislative, welches allein den Comitien zusteht:

Cic. de Inv. II, 45, 134: indignum esse de lege aliquid derogari aut legem abrogari aut aliqua ex parte commutari, cum populo cognoscendi et probandi aut improbandi potestas nulla fiat; hoc ipsis iudicibus invidiosissimum futurum; non hunc locum esse neque hoc tempus legum corrigendarum; apud populum hoc et per populum agi convenire; quodsi nunc id agant, velle se (sc. oratorem) scire, qui lator sit, qui sint accepturi; se captiones videre et dissuadere velle; quodsi haec cum summe inutilia, tum multo turpissima sint, legem, cuicuimodi sit, in praesentia conservari ab iudicibus, post, si displiceat, a populo corrigi convenire, vgl. I, 33, 56.

Pseudo-Quint. Decl. 331: si accusatori licet constituere iura et leges ferre; si, quod antea fieri per populum, per senatum licebat, constituitur inter subsellia pro dolore cuiusque vel pro auctoritate, supervacua erunt suffragia, supervacuus tantus ambitus in constituendo iure. Non de eo quaeritur apud hos, an aequum sit: nos venimus in iudicium quaesituri hoc solum, an ego ista lege tenear. „At oportet et iustum est ea, quae similia sunt, simili poena contineri;“ adhibe(s) senatum, adhibe(s) populum:

emendandum sit fortasse ius; hoc interim vivimus, hoc utimur.

Auf dieſe Poſition ſtützt ſich

Cic. p. Cluent. 55, 150 (worüber ſ. § 51): eius modi est (sc. adversarii, qui voluntate nititur, opinio), ut commutatis eis opus sit legibus, non ut his, quae sunt, non pareamus; 57, 155: populum Romanum — — ipsum sine cura esse: non metuere, ne lege ea, quam nunquam ipse iusserit, et quaestione, qua se solutum liberumque esse arbitretur, per paucos iudices adstringatur.

Vgl. zu a. und b. Cic. Part. Or. 38, 135: dicetur — alia causa obtemperandi, alia abrogandi, ſowie Thl. I, A. 29.

c. Die juriſtiſche Norm iſt aus dem scriptum an ſich, nicht aber aus der Auffaſſung, welche ein Dritter in das scriptum hineinträgt, zu entnehmen:

Cic. de Inv. II, 45, 143: leges ex se, non ex eius, qui contra commiserit, utilitate spectari oportere et legibus carius (ſo, nicht antiquius nach Victorin. in h. l. p. 297, 16 H.) habere nihil oportere; I, 39, 70. Part. Or. 38, 134: non esse ferendum a quoquam potius latoris sensum, quam a lege explicari;

Auct. ad Her. II, 9: si a scripto dicemus, his locis utemur: — — conlatione, — quid iudicem sequi conveniat, utrum id, quod diligenter perscriptum sit, an id, quod acute sit excogitatum.

Dagegen als Utilitätsgründe werden anempfohlen:

1. Das Princip der voluntas widerſtrebt der Ueberzeugung des Autors der juriſtiſchen Norm von der Geltung des von ihm Verlautbarten:

Cic. de Inv. II, 44, 128: non oportere de eius voluntate nos argumentari, qui, ne id facere possemus, iudicium nobis suae reliquerit voluntatis: multa incommoda consequi, si instituatur, ut ab scripto recedatur: nam — eos, qui aliquid scribant, non existimaturos id, quod scripserint, ratum futurum.

2. Das Princip der voluntas entzieht dem Richter die ſichere Unterlage für ſein Urtheil:

Cic. de Inv. II, 44, 128: multa incommoda consequi, si instituatur, ut ab scripto recedatur: nam — — eos, qui iudicent, certum, quod sequantur, nihil habituros, si semel ab scripto recedere consueverint; vgl. 45, 132.

3. Das Princip der voluntas entzieht dem bürgerlichen Verkehr die ſichere Richtſchnur ſeiner Bewegungen:

Cic. de Inv. II, 45, 132: civibus vivendi rationes perturbatum iri, si semel a legibus recessum sit; — — cives, quid agant, ignoraturos, si ex suo quisque consilio et ex ea ratione, quae in mentem aut in libidinem venerit, non ex communi praescripto civitatis unamquamque rem administrarit; vgl. auch Cic. p. Cluent. 57, 157.

Vergl. zu 1—3 Cic. Part. Or. 38, 135: de conservandis legibus, de periculo rerum publicarum atque privatarum — — graviter erit vehementerque dicendum; Auct. ad Her. II, 9: ostendetur, quam periculosum sit ab scripto recedere.

Dazu tritt

4. das Argument, deſſen ſich Qu. Mucius Scaevola in der causa Curiana (Thl. I, § 10) bediente: das Princip der voluntas enthält eine captio (ſ. A. 392), indem es eine voluntas dem Nebenden unterſchiebt, die dieſer gar nicht hatte: denn der Maaßſtab, den dabei der wiſſenſchaftlich Gebildete anlegt, entſpricht nicht der Anſchauungsweiſe des ſchlichten ungebildeten Mannes:

Cic. Brut. 52, 196: quam captiosum esset populo, quod scriptum esset, neglegi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervortere; vgl. Cic. de Inv. II, 45, 134 unter b.

Ein Beiſpiel einer juriſtiſchen Entſcheidung nach dem verbum in einem Falle von scriptum et voluntas bietet

Jul. 29 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. pr.): si ita scriptum sit: „Si filius mihi natus fuerit, ex besse heres esto, ex

reliqua parte uxor mea heres esto. Si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto, ex reliqua parte uxor heres esto;“ et filius et filia nati essent, — — subtili iuris regulae conveniebat ruptum fieri testamentum;

denn der Teſtator wollte hier zwar die Erbfolge ordnen für alle Fälle, wo Kinder ihm geboren werden; er hat aber in Wirklichkeit teſtirt nur für den Fall, entweder daß ein Sohn oder aber daß eine Tochter, nicht aber für den Fall, daß ebenſo ein Sohn, wie eine Tochter ihm geboren werden; tritt daher der letztere Fall ein, ſo liegt dafür keine Erbeinſetzung vor, daher nun das Teſtament in Folge ſolcher Präterition des suus rumpirt wird.

§ 10.

c. Unſtatthaftigkeit der Interpretation bei ratiocinatio.

Die ratiocinatio, collectio[117]), syllogismus, status ratiocinativus oder collectivus, *συλλογισμός* iſt nach Maaßgabe von § 7, Beil. XVII, § I. III. VII derjenige Interpretationsfall, bei welchem die Mangelhaftigkeit der Willenserklärung darin beruht, daß die gebrauchten Worte nicht zureichen, der Rede einen befriedigenden Gedanken unterzulegen, vielmehr eine Lücke der Rede ſei es realer, ſei es formaler Beſchaffenheit vorliegt (Beil. XVII, § VII). Das Princip des verbum auf dieſen Fall angewendet, ergiebt nun die Conſequenz, daß, weil das fehlende Wort nicht zum Ausdrucke, ſomit alſo das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes nicht zur Exiſtenz gelangt iſt, die vorhandene Lücke unergänzbar, ſomit die obwaltende Mangelhaftigkeit der Willensäußerung unheilbar iſt, ſo daß demnach vom Standpunkte des rigor auch die ratiocinatio einen Interpretationsfall gar nicht ergiebt.

Dieſe Conſequenz ſelbſt wird ausgeſprochen von

Cic. de Inv. II, 50, 152: non oportere quidquam, nisi quod scriptum sit, considerare,

und ſodann durch die beiden Argumente geſtützt:

a. das Princip der voluntas bedroht alle Rechtsſicherheit, indem allenthalben in den von dem Rechte geregelten That-

117) Collectio bei Scaev. 8 Quaest. (D. XXIX, 7, 14. pr).

beſtünden ebenſo Aehnlichkeiten, wie Unähnlichkeiten ſich vorfinden und ſo ebenſowohl eine ſchrankenloſe Möglichkeit geboten iſt, similitudines d. ſ. Rechtsanalogieen (ſ. Beil. XVII, § VII) aufzufinden, wie auch andererſeits Unähnlichkeiten nachzuweiſen:

Cic. de Inv. II, 50, 152: periclitari omnia iura, si similitudines accipiantur: nihil esse paene, quod non alteri simile esse videatur; multas de similibus rebus, in unamquamque rem tantum singulas esse leges; omnia posse inter se vel similia vel dissimilia demonstrari;

b. das Princip der voluntas operirt bei ſeiner Anwendung mit reinen Muthmaaßungen und ſtützt ſich überdem auf die irrige Vorausſetzung einer vorhandenen Lücke, da doch Jeder in Wirklichkeit das, was er ausſpricht, überhaupt ſagen will:

Cic. de Inv. II, 50, 153; coniecturam divinationem esse et stulti scriptoris esse non posse omnibus de rebus cavere, quibus velit.

In juriſtiſchen Entſcheidungen tritt dieſes Princip hervor bei

Cels. 38 Dig. (D. XLV, 1, 99. pr.): quidquid adstringendae obligationis (ſ. Beil. VII. A. 15) est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est;

Pegasus bei Val. 1 Fideicomm. (D. XXXII, 1, 12): „Stichus liber esto; et ut eum heres artificium doceat, unde se tueri possit, peto“. Inutile fideicommissum esse ait, quia genus artificii adiectum non esset; wozu vgl. Valens l. c. in § 22 a. E.

Eine qualificirte Geltung aber erlangt dieſes Princip da, wo die Auslaſſung des Wortes oder Satzes zum vitiöſen Defecte der ſolennen Form ſich geſtaltet und wo ſomit der Thatbeſtand in die Sphäre der Rechtsordnung von § 2 übertritt; und ſo zwar bei:

Sabin. bei Pap. 18 Quaest. (D. XXXV, 1, 72. § 8), wo der Teſtator die Legat-Ausſetzung: „Heres meus C dare Titio damnas esto“ vergeſſen, wohl aber ein anderes Legat ausgeſetzt hat in den Worten: „Ex C, quae Titio legavi, L heres Seio dato“ und wo nun dem Titius kein Anſpruch auf das Legat von 100 zuſteht;

Marcell. und Jul. bei Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 1. § 5, 7): Si ita: „Lucius“ solummodo (sc. scribat, omissis verbis: „Heres esto“), Marcellus non insubtibiliter non putat hodie hoc procedere.
Julianus: „Illum heredem esse“ non putavit valere, quoniam deest aliquid (sc. verbum: „Jubeo“); vgl. § 2 unter g.

Ulp. 7 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 19), wo der Teſtator die heredis institutio: „Seius heres esto“ vergeſſen und nur die substitutio: „si mihi Seius heres non erit, Sempronius heres esto“ niedergeſchrieben hat, und wo nun in Folge deſſen Seius nicht Erbe wird, vielmehr deſſen „pars nulla“ iſt nach Aristo, Javol., Pomp., Arrian. und Ulp.

§ 11.

d. Die Interpretation ex verbo bei definitio.

Die definitio, finitio, finis, proprietas, constitutio oder status definitivus oder finitivus, ὅρος, ἰδιότης u. dergl. iſt nach § 7. Beil. XVII § I. III. V derjenige Interpretationsfall, bei welchem die Mangelhaftigkeit der Willenserklärung darin beruht, daß das gebrauchte Wort undeutlich d. h. der dadurch repräſentirte Begriff hinſichtlich der in ſeinem Inhalte oder Umfange enthaltenen Einzelheiten nicht abſolut beſtimmt und in Folge deſſen nun im betreffenden Vorkommniſſe Zweifeln unterworfen iſt. Das Princip des verbum ergiebt nun für dieſen Fall die Aufgabe, die Unbeſtimmtheit des begrifflichen Inhaltes oder Umfanges vom gebrauchten Worte mittelſt etymologiſcher oder grammatiſcher oder lexikaliſcher Geſetze zu beſeitigen, ſomit durch ein Operiren auf Grundlage der „verborum significatio“[118]) d. i. des durch die Nationalanſchauung gegebenen Wortſinnes die in concreto maaßgebende Bedeutung des gebrauchten Wortes zu beſtimmen, gleichgültig im Uebrigen, welchen Sinn der Redende mit dem Worte in Wirklichkeit verbunden hat.

118) Significatio verborum: Ped. bei Paul. 2 ad Vit. (D. XXXIII, 7, 18. §. 3), Procul. 5 Epist. (D. XXXI, 1, 46.) Jul. 1 ad. Urs. (D. XXX, 1, 104. pr.) Marcell. Resp. (D. XXXII, 1, 69. pr.) Justinian. in Cod. VI, 27, 28 pr. Agen. Urb. de Contr. 59, 8. Vgl. A. 414.

Auf dieſem Standpunkte ſteht Cicero in ſeiner Theorie der Rhetorik, indem derſelbe für die definitio vorſchreibt:

Cic. de Inv. II, 17, 53. 54: accusatoris locus est eius nominis, cuius de vi quaeritur, brevis et aperta et ex opinione hominum definitio; — — post erit infirmanda adversariorum descriptio. Ea autem infirmabitur, si falsa demonstrabitur; hoc ex opinione hominum sumetur, cum quemadmodum et quibus in rebus homines in consuetudine scribendi aut sermocinandi eo verbo uti soleant, considerabitur[119]); Part. Or. 36, 123: communis verbi vis; § 124: consuetudo mensque sermonis; § 126: consuetudo sermonis verbique vis. — — Cum uterque definierit, quam maxime potuerit ad communem sensum vimque verbi — suam definitionem sententiamque confirmet.

Ein durchaus ſignificantes Beiſpiel einer Definition nach Maaßgabe des verbum bietet die Rechtswiſſenſchaft der Republik, indem dieſe in dem XII Tafelgeſetze: cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto das Wort adgnatus dahin interpretirte, daß darunter nur agnati, nicht auch agnatae inbegriffen ſeien[120]), womit übereinſtimmende Definitionen gegeben ſind von Serv. bei Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. L, 16, 122) und Labeo bei Javol. 7 Epist. (D. L, 16, 116)[121]); nicht minder bieten Interpretationen vom Standpunkte des verbum: Qu. Muc. bei Pomp. 9 ad Qu. Muc. (D. XXXIV, 2, 34. § 1) und Serv. bei Javol. 2 Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40, § 3), worüber ſ. § 23; ferner Ulp. 6 Reg. (D. XXVIII, 2, 2), worüber ſ. § 28 unter e; desgleichen Cic. bezüglich der Begriffe vis, wie sacrosanctum (Beil. XVII § V); ſodann noch

119) Vgl. dazu Victorin. in h. l. 273 H.: falsa demonstrabitur (sc. adversarii definitio) ex opinione hominum, si docemus de eo, unde quaeritur, quemadmodum aestimet populus, quemadmodum in consuetudine locutionis utatur eo verbo, quod definimus.

120) Ulp. fr. XXVI, 1. u. in Collat. XVI, 4, 1. Paul. Sent. rec. IV, 8, 22. Justin. in Cod. VI, 58, 14. pr. vgl. Gai. III, 23. Ulp. fr. XXVI, 6. ſowie unten § 49.

121) S. § 23. Entgegenſtehende Definitionen ſ. bei A. 168. Vgl. auch A. 428, ſowie Serv. bei Jul. de Ambig. (D. XXXII, 1, 62).

Qu. Mucius und Ael. Gallus bei Labeo 2 Poster. a Javol. epit. (D. XXXII, 2, 29. § 1): quum ita legatum esset, ut Titia uxor mea tantandem partem habeat, quantulam unus heres, si non aequales partes essent heredum, Qu. Mucius et Gallus putabant maximam partem legatam esse, quia in maiore minor quoque inesset, wozu vgl. A. 182;

endlich auch bei Jul. 86 Dig. (D. IX, 2, 51. § 2): quum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse,

welche subtilis definitio wohl der ausgehenden ersten Periode angehörte.

§ 12.

e. Die Interpretation ex verbo bei ambiguitas und f. bei contrariae leges.

Die ambiguitas, *ἀμφιβολία*, daß ambiguum im engeren Sinne[122]) ist nach § 7. Beilage XVII. § I. III. VI derjenige Interpretationsfall, bei welchem die Mangelhaftigkeit der Willenserklärung darin beruht, daß das gebrauchte Wort mehrdeutig ist, sei es, daß es an für sich mehr als Einen Begriff vertritt oder mehr als Eine syntactische Verbindung zuläßt, welche je einen anderen Sinn ergiebt. Das Princip des verbum stellt hier der Interpretation die analoge Aufgabe, wie bei der definitio: auch hier handelt es sich darum, was der Redende wirklich gesagt hat, nicht aber was er etwa sagen wollte:

---

122) So Procul. 5 Epist. (D. L, 16, 125), Cels. 22 Dig. (D. XXXIV, 5, 26), 33 Dig. (D. I, 3, 19), Jul. 50 Dig. (D. XXXIV, 5, 12), Marcell. 11 Dig. (D. XXXIV, 5, 24), Ulp. 38 ad Ed. (D. XLVI, 3, 29), 74 ad Ed. (D. XLV, 1, 80), 2 Disp. (D. V, 1, 66), 4 Fideic. (D. XXXVI, 1, 16. pr.), Paul. 5 ad Plaut. (D. L, 17, 172), 6 Quaest. (D. L, 17, 85. pr.), 14 Quaest. (D. XXXIV, 5, 3), Maecian. 12 Fideic. (D. L, 17, 96), und bei Ulp. 4 Fideic. (D. XXXVI, 1, 16. pr.). Wegen ambiguum im weiteren Sinne s. Beil. XVII. § III.

verbo — ambigue posito — non id, quod intelligitur, sed id, quod dicitur, valebit oder verba ipsa sequi volumus (Cic. p. Caec. 28, 61. 13, 37),

daher nun die Interpretation zu entſcheiden hat, welche der mehreren Wortbedeutungen nach Maaßgabe des Tenor der Rede Platz greift, demgemäß ſie nun mit ſprachlichen Geſetzen allein zu operiren hat.

Ein ſehr anſchauliches Beiſpiel bietet der Proceß des A. Caecina wider den Sex. Aebutius in der in Thl. I § 11 dargeſtellten Partie; denn hierbei kommt eine ambiguitas in Frage zunächſt bezüglich des Wortes deiicere, in welchem bei Cic. p. Caec. drei verſchiedene Bedeutungen unterſchieden werden:

a. Herauswerfen aus einem Raume: exire loco cogere 12, 34. 13, 36) oder ingressum expellere (14, 39)[123];

b. Herabſtoßen von einem höheren Punkte: praecipitare ex loco superiore; in inferiorem locum de superiore movere (17, 50);

c. Widerſtand leiſten und insbeſondere Jemandem den Eintritt in einen Raum verwehren: obsistere (11, 31. 12, 35), reiicere (13, 38. 31, 84), detrudere (17, 49), prohibere oder non sinere introire oder accedere (31, 89. 23, 64. 66), vi loco prohibere (12, 35. 13, 36. 37), demovere et depellere loco (17, 49) ingredientem repellere (14, 39), ingredienti occurrere (23, 64)[124].

Und ſodann wird eine ambiguitas geltend gemacht, bezüglich des Wortes unde in ſeiner Verbindung mit deiicere, indem daſſelbe den zwiefachen Sinn vertritt:

a. locus, ex quo deiicitur, ſomit der Raum, auf welchem Jemand ſich befindet (29, 82. 84. 30, 86—88. 31, 89), und

b. locus, a quo deiicitur, ſomit der Raum, neben welchem Jemand ſich befindet (30. 31, 89).

Und in jenem Proceſſe ſtützt ſich nun auf das Princip des verbum die Interpretativn, welche eine maaßgebende Bedeutung dem Begriffe der Herauswerfens, wie des Herabſtoßens in dem Worte deiicere beimißt, wie diejenige, welche mit der zwiefachen

123) Insbeſondere 14, 39: pedem cum intulero atque in possessione vestigium fecero, tum expellar.

124) Insbeſondere 14, 39: vi et armis mihi ante occurratur, ne non modo intrare, verum adspicere aut adspirare possim.

Bedeutung des unde operirt, worüber vgl. Thl. I, 52 unter A. S. 56 fg. unter 1 u. 2, Beil. XVII. A. 50. Dagegen die Theorie der Rhetorik gedenket des Princips des verbum bei der ambiguitas nicht beſonders.

Eine juriſtiſche Entſcheidung einer ambiguitas nach Maaßgabe des verbum bietet Labeo bei Pomp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 29), ſowie 2 Post. a Jav. epit. (D. XXXII, 1, 29. § 4) ſ. § 24.

Endlich den letzten Interpretationsfall ergeben die contrariae leges, scripta contraria, antinomia[125]), ἀντινομία in § 7. Beil. XVII. § I. III. VIII, bei welchem die Mangelhaftigkeit der Willenserklärung darin beruht, daß zwiſchen zwei oder mehreren Worten ſei es des nämlichen oder verſchiedener Rechtsacte der nämlichen Perſönlichkeit ein zweifelhaftes Verhältniß des Widerſpruches obwaltet. Indem daher die Aufgabe der Interpretation hier dahin geht, die Beſchaffenheit des Widerſpruches zu beſtimmen und je nachdem das Nebeneinanderbeſtehen der beiden Satzungen oder aber die Prävalenz der einen vor der anderen oder auch die Aufhebung der einen durch die andere darzulegen, ſomit aber dort den Widerſpruch als nur ſcheinbaren zu löſen, hier als wirklich zu begründen (vgl. Beil. XVII. A. 66), ſo gewinnt nun dieſe Aufgabe nach dem Princip des verbum noch die beſondere Richtung, das Wort an ſich in ſeinen durch die Nationalanſchauung ihm beigelegten Denkgehalte als den letzten Träger des Widerſpruchs aufzufaſſen, und ſo nun nach rein objectiven d. h. aus der betreffenden Rechtsſatzung an ſich zu entnehmenden Gründen jene Löſung des Widerſpruches zu vermitteln.

Ein Beiſpiel ſolcher contrariae leges bietet der Proceß des Balbus nach Cic. p. Balb. 8 fg., wogegen die Rhetorik dieſen Interpretationsfall in einer für das Princip des verbum wenig ausgiebigen Weiſe behandelt. Insbeſondere wenn Cic. Part. Or. 39, 138 darüber ſagt: est efficiendum (sc. ab oratore), ut alterius scripti sententiam, alterius verba defendamus, ſonach als Mittel zur Löſung der Antinomie vorſchreibt, dieſelbe als scriptum et voluntas in der Weiſe zu behandeln, daß dabei die eine widerſprechende Satzung nach dem Princip

125) Justinian. in Cod. I, 17, 1. § 8: antinomia, sic enim a vetustate graeco vocabulo nuncupatur.

des verbum, die andere nach dem Principe der voluntas aufgefaßt werde, ſo ſteht dies in Beziehung zu der in Beil. XVII I. 65 nachgewieſenen unklaren Anſchauung, daß die antinomia überhaupt nur ein verdoppeltes scriptum et voluntas ſei.

Sodann bieten anderweite Beiſpiele

Jul. bei Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 3. § 2): si ita — exheredaverit: „Quisquis mihi heres erit filius, exheres esto", — exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit (i. e. dixit) eum summotum, quod est impossibile; Pomp 7 ad Qu. Muc. (D. XXVIII, 5, 68), Scaev. bei Paul. 1 ad Vit. (D. XXVIII, 2, 19),

wo allenthalben nach Maaßgabe der an ſich zweifelloſen Willensbeſtimmung des Teſtator der Widerſpruch ein nur ſcheinbarer iſt, nach Maaßgabe der Worte an ſich aber, ſomit nach dem Principe des rigor der Widerſpruch unlösbar iſt (vgl. § 28 unter e).

§ 13.

g. Irrelevanz des die Willenserklärung beeinfluſſenden error, dolus und vis.

Die in § 9—12 behandelte, wie die aus § 2 ſich ergebende Mangelhaftigkeit des Willenserklärung kann ihren Grund haben ebenſowohl in einem ſingulären Sprachgebrauche des Redenden, oder in irgend welcher äußeren Veranlaſſung, als auch in einem Irrthum des Redenden oder in der Einwirkung eines Dritten mittelſt deſſen dolus oder vis. Die letzteren Fälle gewinnen nun vom Standpunkte der aequitas eine beſondere juriſtiſche Nuancirung; dagegen nach dem Principe des verbum unterfallen dieſelben unterſchiedslos jenen Geſetzen, die in § 2. 5 fg. dargelegt ſind d. h. das Wort iſt und bleibt das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes, auch wenn es durch error, dolus oder vis beeinflußt iſt, oder: error, dolus oder vis in ihrem Einfluſſe auf die Willenserklärung ſind juriſtiſch irrelevant.

Was zuvörderſt aber den error bei der Willenserklärung betrifft, ſo erhellt deſſen juriſtiſche Irrelevanz daraus, daß zunächſt bei der Willenserklärung, welche formal mangelhaft iſt, die nachtheiligen Wirkungen ſolcher Mangelhaftigkeit nicht auf Grund deſſen beſeitigt werden, daß ſolche Abweichung auf einem

religione populum alligarent. Eas feriae si quis polluisset piaculoque ob hanc rem opus esset, hostiam „Si deo, si deae“ immolabant idque ita ex decreto pontificum observatum esse M. Varro dicit, quoniam et qua vi et per quem deorum dearumve terra tremeret incertum esset;

d. in der Formel des Sühnopfers bei Lichtung eines heiligen Haines, deſſen Schutzgott unbekannt iſt:

Cat. RR. 139: „Si deus, si dea es, quoium illud sacrum est“;

e. in dem Gebete bei

Liv. VII, 26, 4: si divus, si diva esset, qui sibi praepetum misisset, volens propitius adesset;

f. in der Formel des Sühnopfers der fratres Arvales:

tab. fr. Arv. XXXII[a], 24 fg. Mar.: immolavit — — Junoni Deae Diae oves II, sive deo sive deae oves II, — — Matri Larum oves duas, sive deo sive deae, in cuius tutela hic lucus locusve est, oves II, und ebenſo tab. XXXII[b], 10. 12, ſowie ähnlich tab. XLI[a], 2. XLIII, 8.

2. Bei Anrufung einer Gottheit oder ſonſtiger Perſönlichkeit, über deren Namen oder reſp. Indigitations-Bezeichnung nicht volle Sicherheit obwaltete, ward als Cautel gegen die Folgen des Irrthums (A. 18) die Clauſel gebraucht: sive quo alio nomine appellaris oder ähnlich; ſo

a. in der lex der Devotirung feindlicher Städte bei

Macr. Sat. III, 9, 10: „Dis Pater, Veiovis, Manes sive quo alio nomine fas est nominare;

b. in dem pontificiſchen Gebete bei

Serv. in Aen. II, 351: „Juppiter Optime Maxime sive quo alio nomine te appellari volueris“; vgl. IV, 577;

c. in der ſchriftlichen Verfluchung einer Perſon mittelſt eines dem Todten in das Grab gelegten Täfelchens in

C. J. L. I. no. 820: nomen delatum | Naviae L. l. | Secundae seive | ea alio nomine | est;

ſowie auf dem gleichartigen Täfelchen, welches in die Mineralquellen bei Poggio Bagnoli geworfen worden war, im Hermes 1869. IV, 283:

Q. Latinium | Lupum —|— — | — aput vostrum | numen de|mando, devo|veo, desacri|ficio, uti vos, A|quae ferventes | si[ve] v[o]s Nimfas | [si]ve quo alio no|mine voltis adpe[l]lari.

3. Eine minder ſolenne Formel bei gleicher Veranlaſſung iſt: quisquis es oder est, ſo bei Plaut. Rud. I, 4, 37. Verg. Aen. IV, 577. IX, 22. Ov. Fast. VI, 731. vgl. Plin. H. N. II, 7, 14.

4. Bei mancipatio oder fiduciae datio eines Grundſtückes waren ebenſo die Flur, in welcher ſolches lag, als auch die adfines, die Eigenthümer der Nachbargrundſtücke anzugeben.[180]) Zur Salvirung wegen irriger Angaben bezüglich der Letzteren fügte nun der mancipio dans nach Nennung der adfines die Clauſel bei: et si quos dicere oportet, ſo

Instrument. fiduciae in C. J. L. II no. 5042: adfines [f]undo dixit L. Baianius L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet;

Instrumentum donationis Statiae Irenes bei Gruter, Inscr. p. 1081: monumentum, quod est — — iuxta monumentum Claudii quondam Proculi et si qui alii affines sunt, und ebenſo in den instrumenta venditionis bei Spangenberg, Jur. Rom. tab. negot. p. 237. 275. 283.

5. Bei der Mancipation eines Sclaven wurde zu deſſen Individualbezeichnung deſſen Namen angegeben. Zur Sicherſtellung wegen etwaigen Irrthumes fügte nun der mancipio dans eine entſprechende Clauſel ein, ſo nach dem Kaufinſtrumente auf der ſiebenbürgiſchen Wachstafel bei Detleſſen in Sitzungsber. der phil. hiſt. Cl. der Wiener Akad. d. Wiſſ. 1857. XXIII, 604: emit mancipioque accepit puerum Apalaustum sive is quo alio nomine est, und ebenſo daſ. S. 606.

Und der durchaus parallelen Clauſel begegnen wir auch in Bezug auf den dolus: auch dieſer kann durch eine beſondere Clauſel von dem Rechtsact ausgeſchloſſen und ſo zur Relevanz erhoben werden. Und zwar bekunden als ſolche Clauſeln die

180) Voigt, drei epigraphiſche Conſtitutionen 180. Brisson, de Form. VI 34. de Verb. Sign. v. adfines.

Quellen theils: huic monumento oder a collegio nostro dolus oder dolus malus abesto (A. 672), theils aber die doli mali clausula bei der Stipulation mit ihren mannichfachen Conceptionen auf: fide mea in der fidepromissio, si quid dolo in ea re factum sit; dolum malum huic rei [promissionique] abesse afuturumque esse; ab hac re [promissioneque] dolus malus aberit, abfuerit; cui rei si dolus malus non abest, non abfuerit und dergl. (Beil. XIX. § III). Im Uebrigen bietet ein gutes Beispiel der Verbindlichkeit einer durch dolus abgelockten Willenserklärung Plaut. Poen., wo folgendes Verfahren gegen den leno Lycus verabredet und ausgeführt wird: Collybiscus, der dem Lycus unbekannte villicus des Agorastoeles erhält vom Letzteren 300 Philipper ausgehändigt, begiebt sich damit zum Lycus und, unter dem Vorgeben, er sei ein Fremder und wolle im Hause des Lycus heimlich und ohne Zeugen der Liebe pflegen und sonst sich gütlich thun, nimmt er bei demselben Quartier, diesem die 300 Philipper als Vorausbezahlung der erwachsenden Rechnung übergebend: I, 1, 41—50. 3, 6 fg. III, 1, 55. 56. 3, 43 fg. Lycus aber nimmt den Collybiscus auf und das Geld in Empfang, Jenen, wie dieses verbergend, I, 1, 51. 52. III, 4, 1—10. Hierauf nun, von Agorastocles befragt, ob dessen Sclave bei ihm sich befinde, leugnet er dies, da er lediglich den Milphio, nicht aber den Collybiscus als Sclave von Jenem kennt und consumirt nun so durch jenes celare und dieses negare den Thatbestand des furtum, so daß damit dem Agorastocles die a. furti nec manifesti auf duplum wider den Lycus erwächst: I, 1, 53 fg. III, 1, 58—61. 4, 23—27. 5, 16—41. V, 6, 14. Hier daher ist Lycus dolos zu einer irrigen Antwort vom Agorastocles verleitet worden: III, 1, 46: ei (sc. Lyco) paratae ut sint insidiae de auro et de servo meo; III, 4, 23 fg.: leno errabit — — qui centum nummis minus dicetur; III, 5, 43: consulto hoc factum est, mihi ut insidiae fierent; es unterliegt ferner keinem Zweifel, daß sein Leugnen auf einem Irrthume beruht: I, 1, 53 fg. (wo Milphio zum Agorastocles sagt: rogato, servus veneritne ad eum tuus; ille me censebit quaeri, continuo tibi negabit) III, 1, 58—60. 4, 23—26. 5, 16—33; dennoch aber ist dieser ebenso entschuldbare, wie offene

Irrthum irrelevant: das Leugnen an ſich des Innehabens vom Sclaven nebſt dem Gelde iſt entſcheidend, den Lycus des furtum ſchuldig zu machen: III, 5, 34 fg. V, 6, 14 fg.

Was endlich den Einfluß der vis auf die ausdrückliche Willenserklärung betrifft, ſo fällt dieſelbe, abgeſehen davon, wo Jemandem durch mechaniſche Führung der Hand eine ſchriftliche Willenserklärung abgenöthigt wird, unter den Geſichtspunkt der Beeinfluſſung der Willensbeſtimmung in § 14, da auf die Zunge allein des Redenden ein Zwang ſich nicht ausüben läßt, ſomit aber bei der mündlichen Willenserklärung der Zwang immer die Willensbeſtimmung zugleich in Mitleidenheit zieht.

§ 14.

h. Irrelevanz des die Willensbeſtimmung beeinfluſſenden error, dolus und vis.

Der Einfluß, welchen error, dolus oder vis auf die Willensbeſtimmung ausüben, iſt von dem Standpunkte aus des hier betrachteten Princips des verbum etwas ganz außerhalb des juriſtiſchen Horizontes Liegendes: denn da die Willensbeſtimmung ſelbſt dann, wenn ſie mit der Willensäußerung nicht harmonirt, nicht zu ſelbſteigener Geltung gelangt, ſo kann noch weit weniger eine juriſtiſche Beachtung der Fall finden, wo die Willensbeſtimmung mit der Willensäußerung wirklich harmonirt und lediglich ihre Wahrhaftigkeit oder Freiheit ſich in Frage ſtellt (§ 1). Und dieſer Satz prägt ſich nun aus in der Parömie: plus in re est quam in existimatione d. h. der Thatbeſtand, wie er in dem Rechtsacte ſich ausprägt, gilt mehr, als die Vorausſetzung, die der Handelnde dabei hegt:

Jul. 42 Dig. (D. XL, 2, 4. § 1), Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 15): plus in re est, quam in existimatione; Paul. de Jur. et fact. ign. (D. XXII, 6, 9. § 4): plus in re est, quam in existimatione mentis[131]);

wie in den gleichbedeutenden Sentenzen:

---

131) Vgl. Cic. p. Cluent. 20, 56: Oppianico re et existimatione iam, lege et pronuntiatione nondum condemnato; Liv. IV, 20, 8: si ea in re sit error, — existimatio communis omnibus est.

Rei substantia[132]) plus pollet existimatione falsa: Pap. 12 Resp. (fr. Vat. 260);

Plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione: Inst. II, 20, 11.

Als Consequenzen dieses Satzes ergeben sich, zunächst daß der normale Effect der fehlerfreien Willensäußerung durch den error, welcher die derselben zu Grunde liegende Willensbestimmung beeinflußte, nicht aufgehoben wird, wie dies noch bekundet wird durch das Excerpt in

J. Just. IV, 13, 1: si metu coactus aut dolo inductus aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras, palam est iure civili te obligatum esse, et actio, qua intenditur „Dare te oportere" efficax est, wozu vgl. Theoph. in h. l.;

sodann, daß der normale Effect der fehlerhaften Willenserklärung nicht dadurch abgewendet wird, daß der Fehler der Aeußerung durch einen error der ihr zu Grunde liegenden Willensbestimmung herbeigeführt worden ist, wie denn z. B. von Alters bei Verlust von Rechtsmitteln durch plus petitio der error das causa cadere nicht abwendet[133]); sowie endlich darin, daß, dafern die Vornahme eines Actes an eine peremtorische Frist gebunden ist, so daß nach Ablauf der Frist der Act nicht mehr gültig vorgenommen werden kann, der die Verzögerung der Handlung bewirkende Irrthum und insbesondere die Unkenntniß über den beginnenden Lauf der Frist den verspäteten Act nicht rechtsbeständig macht. Und dieser Rechtssatz hat nun zu dem entsprechenden Auswege, wie in § 13 geführt, der Unkenntniß nämlich von der laufenden Frist durch eine besondere, bezügliche Wort-Conception bei Setzung selbst solcher Frist eine juristische Relevanz zu verschaffen, und so zwar zunächst bei der Formel der cretionis datio nach

---

132) Vgl. Pap. 13 Resp. (D. XLIV, 3, 10. § 1): quadriennii tempus non ex opinione hominum, sed ex substantia vacantium bonorum dinumeratur; Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 2): Sabinus potius substantiam intuetur quam opinionem.

133) Erst die zweite Periode gab hier und zwar nur für gewisse Fälle eine Hülfe in der Weise, daß sie das verlorene Rechtsmittel in integrum restituirt.

Gai. II, 165: „cernitoque in diebus proxumis, quibus scies poterisque“; ſowie wahrſcheinlich gleichlautend in dem prätor. Edicte über die Friſt zur Agnition der Bon. Poss. nach Maaßgabe von Ulp. 49 ad Ed. (D. XXXVIII, 15, 2. pr.): utile tempus est bonorum possessionum admittendarum; ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere; ceterum quacunque die nescierit aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat; vgl. daſ. § 5 und Paul. 2 ad Sab. (D. XXXVII, 1, 10).

Eine Entſcheidung aber, die noch ganz auf die Geſichtspunkte des rigor ſich ſtützt, bietet z. B.

Jul. 42 Dig. (D. XL, 2, 4. § 1): quoties dominus servum manumittat, quamvis existimet alienum esse eum, nihilominus verum est voluntate domini servum manumissum et ideo liber erit,

ſomit: weil die lex Junia Norbana beſtimmt: qui voluntate domini in libertate fuerit, perinde liber erit, atque si esset civis Romanus ingenuus, qui ex urbe Roma in latinam coloniam deductus Latinus coloniarius esse coepit (Thl. II A. 826 fg.), im obigen Falle aber der Betreffende in der That voluntate domini manumissus iſt, ſo iſt er auch Latinus Junianus, gleichgültig, ob der Manumiſſor dabei in einem Irrthume über die Eigenthumszubehörigkeit des Sclaven ſich befand oder nicht.

Endlich die Irrelevanz von dolus und vis in ihrem Einfluſſe auf die Willensbeſtimmung ergiebt ſich für die frühere Zeit daraus, daß die Schutzmittel gegen beide erſt zu Ausgang der Republik überhaupt geſchaffen werden. Im Princip an ſich aber iſt jener Satz noch ausgeſprochen in dem Excerpte in Inst. II, 13, 1. cit., wie von

Diocl. et Max. in C. Inst. VIII, 39, 5: dolo vel metu adhibito actio quidem nascitur, si subdita stipulatio sit;

Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 36): si quis quum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitate iuris obstrictus;

Paul. II ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 5): si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui.

Zweites Kapitel.

Die aequitas und deren einzelne Positionen.

A. Die unformale Willensäußerung als die Form der juristischen Willenserklärung.

§ 15.

1. Die unformale Willensäußerung als die Form der juristischen Willenserklärung im Allgemeinen bei dem Rechtsacte.

Die aequitas tritt dem rigor in zwiefacher Weise entgegen und zwar negativ in dem Satze: die juristische Willenserklärung ist nicht an ein legales Wort gebunden, demgemäß das letztere nicht wesentliches Element des Rechtsactes ist; sowie in dem positiven Satze: als juristische Willenserklärung dient jede Aeußerung, welche sei es unmittelbar, sei es mittelbar eine Willensbestimmung kundzugeben an sich geeignet ist, oder: die Willenserklärung ist nicht ein dictum oder verbum, als vielmehr ein actum oder eine res (§ 1):

Pomp. 29 ad Sab. (D. XII, 1, 3): in contrahendo, quod agitur, pro cauto habendum est,

oder: es genügt als Willenserklärung nuda voluntas oder nudus consensus d. i. die unsolenne Willensäußerung im Gegensatze zu den solennia oder directa verba als der solennen Rede[134]). Indem daher einerseits die Willenserklärung von

---

134) Nuda voluntas in diesem Sinne (vgl. A. 140) findet sich bei Traian. in Ulp. 45 ad Ed. (D. XXIX, 1, 1. pr.), Gai. II, 167. 169. (für hered. aditio im Gegensatze zur cretio), Pomp. 1 Fideic. (D. XXXII, 1, 18), 14. 24. 35 ad Sab. (D. XXXVIII, 4, 1. § 4. XXXIV, 4, 3. § 11. XXIII, 1, 4. pr.), 45 ad Ed. (D. XXIX, 1, 15. § 1), Paul. 33 ad Ed. D. XVIII, 5, 3); vgl. Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 19. § 2): nudus sermo, nuda promissio im Gegensatze zur Stipulation; Paul. sent.

der Feſſel der legalen Form befreit wird, ſo wird andrerſeits derſelben ganz unbeſchränkt die Geſammtheit aller der Mittel zur Verfügung geſtellt, welche in irgend welcher Weiſe die Willensemotion zur gemeinverſtändlichen Ausprägung in der Außenwelt vermitteln. Der Weg ſelbſt hierfür iſt aber ein zwiefältiger: denn einmal und zwar normaler Weiſe wird die Willensbeſtimmung ausgeprägt und ſomit ſinnlich wahrnehmbar gemacht durch eine körperliche Action des Wollenden, mit Einſchluß zugleich der Omiſſivhandlung, nämlich des ſignificanten Stillſchweigens gegenüber der Action eines Dritten; und dieſen Fall können wir bezeichnen als die active Willenserklärung; und ſodann prägt ſich die Willensbeſtimmung auch durch ein inactives Verhalten aus, dadurch nämlich, daß das Selbſtverſtändliche gar nicht verlautbart, vielmehr ſchlechthin übergangen wird und ſo nun um dieſer ſeiner Selbſtverſtändlichkeit willen als ein Gewolltes gilt (vgl. § 21 unter c, § 22 unter a). Dies aber beruht darauf, daß die geſchäftlichen Verhältniſſe, in denen der Rechtsverkehr ſich bewegt, bei aller individuellen Verſchiedenheit doch eine ſpecifiſche Uebereinſtimmung und Gleichheit in ſich tragen, daß ſodann bei allen der nämlichen Rechtsgeſchäfts-Species angehörigen Sondervorkommniſſen gewiſſe geſchäftliche Momente einer vertragsmäßigen Regelung und Beſtimmung bedürfen, und daß nun endlich derartige Momente von den Paciscenten meiſtens in gleichmäßiger und übereinſtimmender Weiſe geregelt zu werden pflegen, ſo daß hierin eine typiſche Ordnung für derartige geſchäftliche Feſtſetzungen gegeben iſt. Dies aber ſind theils die naturalia negotii, theils die mores regionis als die Uſance Unterlaſſen daher die Paciscenten, bezüglich derartiger geſchäftlicher Momente eine beſondere Willensbeſtimmung kund zu geben, ſo gilt nun als

---

rec. I, 3, 1: nuda verba; Diocl. et Max. im C. Just. IV, 19, 14: nudae asservationes. — Nudus consensus: Gai. III, 154. Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XLVI, 3, 80), Ulp. 48 ad Sab. (D. L, 17, 35: nudi consensus obligatio), Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 49, 3. — In gleichem Sinne ſteht voluntas bei Pap. 1 Resp. (A. 487) und consensus bei Gai. III, 136. de form. hyp. (D. XXII, 4, 4), Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 1. pr.); vgl. A. 484.

gewollt das Selbſtverſtändliche, und als ſelbſtverſtändlich gilt dieſes Typiſche: die natura negotii und die mores regionis. Dieſen Fall nennen wir daher die inactive Willenserklärung.

Was nun zunächſt die active Willenserklärung betrifft, ſo ſind für dieſelbe zwei Mittel der Aeußerung geboten: das Wort, verba, als der unmittelbare Ausdruck des Gedankens, und jede andere Action, welche mittelbar einen Gedanken offenbart: res oder actus[135]):

Quint. III, 5, 1: Omnis oratio constat aut ex his, quae significantur, aut ex his, quae significant id est rebus et verbis;

Cic. Phil. III, 6, 14: indicetur non verbo, sed re — — hostis Antonius;

Ulp. 16 ad Ed. (D. XXXVI, 1, 37 pr.): restituta hereditas videtur aut re ipsa, si forte passus est heres possideri res hereditarias — hac mente, ut vellet restituere — —; sed et si verbo dixit se restituere vel per epistolam vel per nuntium restituat, audietur;

Paul. 4 Sent. (D. XXIX, 2, 95): recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis;

Modest. 3 Reg. (D. XVII, 2, 4. pr.): societatem coire

---

135) Zu ſcheiden ſind die gleichlautenden Gegenſätze von verbum und res, wo 1. dadurch der Gegenſatz der Principien von Wort und Wille ausgedrückt wird, welchenfalls verbum die formale, res die informale Willenserklärung bezeichnet: § 1; und 2. der verwandte Gegenſatz des Geſagten und des Wirklichen, von Wort und That, welchenfalls verbum das den Worten nach, res vera oder ipsa oder res ſchlechthin das in Wirklichkeit Seiende bezeichnet: Ter. Andr. V, 1, 5. Heaut. IV. 1, 23. Eun. IV, 6, 4. Ad. II, 1, 10. Sal. Jug. 48. Cic. p. Quinct. 2, 7. in Verr. III, 13, 33. p. Caec. II, 31, 89. 90. ad Att. IV, 16, 1. Liv. XXXV, 46, 6. XXXIX, 27, 2. Ov. Heroid. 18, 1. fg. Sen. de Clem. II, 7, 4. Flor. II, 17, 11. vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 121. Endlich 3. wo dadurch der Gegenſatz von Verbal- und Realcontract bezeichnet wird, ſowie in A. 151. — Den gleichen Gegenſatz in anderer Bezeichnung bietet z. B. Ulp. 24 ad. Sab. (D. XXXIII, 9, 1): nisi forte aliud tempus vel mente vel verbis testator praestituit.

et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est[136]);

Scaev. 5 Resp. (D. XLVI, 8, 5): non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu.

Zunächſt aber das Wort kann ebenſo als Laut, wie als Schriftzeichen hervortreten[137]) und muß erſteren Falles ein ſprachlich articulirter Laut, ſomit ächtes Wort ſein, da die ἄναρθρος φωνή nicht gemeinverſtändlicher Träger des Willens iſt[138]). Im Uebrigen aber iſt ebenſo die Wahl der Sprache, wie innerhalb derſelben des zu gebrauchenden Wortes dem freien Ermeſſen des Redenden anheimgegeben[139]): es genügt nuda voluntas[140]).

Dagegen die Action anderer Beſchaffenheit[141]) iſt entweder nutus oder factum. Denn, was das Erſtere betrifft, ſo iſt jedes Volk neben ſeiner Wortſprache auch im Beſitze einer Zeichenſprache oder nationalen Mimik, welche, wenn auch auf eine unendlich geringere Zahl von Ausdrucksformen beſchränkt,

---

136) Vgl. Labeo bei Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 2. pr.): convenire posse vel re vel per epistolam vel per nuntium; inter absentes quoque posse.

137) Paul. 3 ad Ed. (D. XLIV, 7, 38): non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.

138) Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2): nemo sine voce dixisse existimatur, nisi forte et eos, qui loqui non possunt, conatu ipso et sono quodam καὶ τῇ ἀνάρθρῳ φωνῇ dicere existimamus.

139) In erſterer Beziehung ſ. § 18; in letzterer Beziehung Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 1. § 2), Gai. de form. hyp. (D. XXII, 4, 4), Constant. im C. Th. XVI, 2, 4.

140) Nuda voluntas als unſolenne Willenserklärung im Allgemeinen ſ. A. 134. Nuda voluntas als Willenserklärung durch unſolenne Worte im Gegenſatz zur Willenserklärung durch factum hat Gai. III, 167. 169. für die hered. aditio im Gegenſatze zur pro herede gestio. Daneben findet ſich nuda voluntas, nuda conventio für Willenserklärung durch Worte allein im Gegenſatz zu der von einer Handlung begleiteten Willenserklärung: Jul. 15. 44 Dig. (D. XVIII, 5, 5. § 1. XLI, 3, 33 § 4. 5), Gai. 2 Aur. (D. XLI, 1, 9. § 5), Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 31. § 18), 40 ad Sab. (D. XIII, 7, 1. pr. § 1), Paul. 32 ad Ed. (D. XIX, 4, 1. § 2), vgl. 24 Quaest. (D. L, 1, 20); ſowie nudus consensus für die ſtillſchweigende Willenserklärung: Ulp. 71 ad Ed. (D. XIX, 2, 14), Modest. 2 Reg. (D. XLIV, 7, 52. § 9).

141) Wegen Cic. p. Caec. 18, 53. ſ. § 47 a. E.

doch in durchaus allgemeiner und typiſcher Weiſe zur Anwendung gelangt und zugleich, genau wie die Wortſprache, in der beſonderen Geſte den Träger und Repräſentanten eines beſtimmten Begriffes anerkennt, daher in gleicher Weiſe, wie jene, gemeinverſtändlich iſt. Und ſolche Geſten: gestus oder, in den Rechtswerken, nutus, wie z. B. Bewegung von Kopf oder Hand oder Finger waren namentlich zu Rom, gefördert durch die ſceniſche, wie rhetoriſche Mimik zum Syſteme einer eigenen Zeichenſprache ausgebildet, welche für den Stummen ein faſt unentbehrliches, im Uebrigen aber ein freibeliebtes Mittel der Willenserklärung bot[142]). Und dem ſtellt ſich endlich auch gleich die vulgäre Symbolik, deren Spuren wir begegnen; ſo wenn die durch das ädiliciſche Edict vorgeſchriebene pronuntiatio vitiorum des zu verkaufenden Sclaven durch Symbole erſetzt oder abgelehnt werden konnte, wie z. B. die pronuntiatio des in vinculis fuisse dadurch erſetzt ward, daß der Sclave gefeſſelt zum Verkaufe ausgeſtellt wurde, wofür Pomp. 23 ad Sab. (D. XXI, 1, 48. § 3) und Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 1. § 6) Zeugniß, wie Deutung bieten; wogegen jene pronuntiatio wie überhaupt die Haftung für Fehler des Sclaven dadurch deprecirt ward, daß derſelbe mit einem pileus (Filzkappe) bedeckt zum Verkaufe ausgeſtellt ward, wie Cael. Sabinus bei Gell. VI, 4, 3. bekundet; vgl. auch § 32 und A. 311.

Das factum[143]) aber iſt die concludente d. h. diejenige

142) Quint. XI, 3, 66: non manus solum, sed nutus etiam declarant nostram voluntatem et in mutis pro sermone sunt, et saltatio frequenter sine voce intellegitur atque adficit et ex vultu ingressuque perspicitur habitus animorum. Wegen der ſceniſchen Mimik vgl. Lucian. de Salt., insbeſ. 64 fg. 81; wegen der rhetoriſchen Mimik: Auct. ad Her. III, 15. Cic. de Orat. III, 59. Quint. XI, 3, 65 fg.; wegen der juriſtiſchen Mimik: Ped. 1 de Stip. bei Paul. 28 ad Ed. (D. XII, 1, 6), Maec. 5 Fideic. (D. XXXVI, 1, 65. § 3), Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 8), 14 ad Sab. (D. XXXVIII, 4, 1. § 8), 8 ad Ed. (D. XLVI, 2, 17), Paul. 4 ad Vit. (D. XXVIII, 5, 58. pr.), 3 Sent. (D. XXIX, 2, 93. § 1), 4 Sent. (D. XXXII, 1, 21. pr.), 28 ad Ed. (D. XII, 1, 6), Modest. 2 Reg. (D. XLIV, 7, 52. § 10), Diocl. et Max. in C. Just. VI, 42, 22. Gemeinverſtändlichkeit: Paul. 24 Quaest. (D. L, 17, 76). Vgl. Kleinpaul, Theorie der Geberden-Sprache in Ztſchr. f. Völkerpſychologie 1869. VI, 353. fg.

143) So bei Jul. 94 Dig. (D. I, 3, 32. § 1) in Bezug auf das Ge-

Handlung, welche nach dem Gesetze des zureichenden Grundes eine gewisse Willensbestimmung des Handelnden zu ihrer nothwendigen Voraussetzung hat und insofern nun einen Rückschluß auf solche connexe Willensbestimmung gestattet, in Folge dessen aber in Wahrheit ebenso ein sicheres, wie gemeinverständliches Erkenntnißmittel solchen Willens bietet, und dem entsprechend nun auch in mannichfachen Vorkommnissen als zureichende Willenserklärung anerkannt wird[144]). Lediglich ein besonderes Vorkommniß solcher concludenten Handlung ist aber das einfache Stillschweigen gegenüber gewissen Vorgängen, welches da, wo es wahrhaft concludente Omissivhandlung ist, als tacitus consensus[145]) bindet[146]).

Sodann die inactive Willenserklärung hat, wie bemerkt, nur da Platz, wo von dem einen Rechsact Vollziehenden eine Willensbestimmung gar nicht verlautbart ist bezüglich eines dem Acte integrirenden und einer dispositiven Regulirung bedürftigen geschäftlichen Momentes. Denn diesfalls greift die Annahme Platz, der Handelnde habe hinsichtlich jenes Momentes das Selbstverständliche gewollt; als dieses Selbstverständliche gilt aber

a. die natura negotii[147]), somit die sogen. naturalia des Geschäftes:

---

nehmheitsrecht. Hierher gehört auch das silentio convenire bei Javol. 11 Epist. (D. XIX, 2, 51. pr.), sowie der nudus consensus in A. 140.

144) Vgl. Savigny, Syst. § 131. Hierunter fällt auch Paul. 16 ad Ed. (D. L, 17, 124).

145) Tacitus consensus s. Thl. 1 § 86; vgl. auch Sulpic. Apollin. bei Gell. XII, 13, 5: legum — — inssa consensu tacito obliterantur, sowie Hermog. 1 Jur. Epit. (D. I, 3. 35), Inst. I, 2, 9. Sodann Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 2. pr.): etiam tacite consensu convenire intelligitur.

146) Vgl. Savigny, a. O. § 132. Heyne, de voluntatis tacite patefactae et praesumtae vi atque indole. Dresd. 1840. Stöffel, die stillschweigende Willenserklärung nach röm. R. Zürich 1859. Burckhardt, Präsumtionen § 29. — Wegen der über die Willenserklärung hinausreichenden Willenspräsumtionen vgl. Burckhardt a. O. 281 fg.

147) Vgl. Thl. I A. 422. Allerdings concurriren hier verschiedene Gesichtspunkte: einmal aus der natura negotii ergiebt sich ius naturale (Thl. I § 55) als ein dispositives Recht; dieses kann daher zwar durch eine ausdrückliche Vereinbarung der Contrahenten ausgeschlossen werden, allein

Javol. 2 ex Plaut. (D. XXI, 2, 60): si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex emto actionis hoc, quod interest;

Scaev. 2 Resp. (D. XIX, 1, 48): quaeritur, an emti iudicio cogendus sit (sc. venditor) ostendere ex instrumentis hereditariis, quid iuris defunctus habuerit (sc. in fundo hereditario vendito) et fines ostendere? Respondi, id ex ea scriptura (sc. venditionis) praestandum, quod sensisse intelliguntur (sc. et emtor et venditor); quod si non appareat, debere venditorem et instrumenta fundi et fines ostendere; hoc enim contractui bonae fidei consonans esse;

Pomp. 27 ad Sab. (D. XII, 1, 3): quum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus ut atque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quae ex eodem genere sit, reddere; — — nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intelligitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit;

Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 1): quum — sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est; quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestati;

Paul. 3 ad Sab. (D. XIX, 1, 5): si heres testamento quid vendere damnatus sit et vendiderit, de reliquis, quae per consequentias emtionis propria sunt, vel ex emto vel ex testamento agi cum eo potuit;

---

iſt ſolches nicht der Fall, ſo greift es Platz kraft ureigener Herrſchermacht, und nicht auf Grund eines Willens der Contrahenten; dieſer Geſichtspunkt dürfte bei Javol. und Ulp. citt. der leitende ſein. Und ſodann der obige Geſichtspunkt: die natura negotii wird wirkſam auf Grund der inactiven Willenserklärung der Contrahenten als ein von denſelben gewolltes Selbſtverſtändliches; dieſer Geſichtspunkt tritt unzweideutig hervor bei Pomp. cit. und dürfte bei Scaev., Paul. und in dem Excerpt in Inst. der leitende ſein.

J. Just. III, 24, 5: conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare;

und ähnlich auch

Serv. bei Lab. 5 Poster. (D. XVIII, 1, 80. § 2): primum sequendum esse, quod appareret actum esse; quodsi in obscuro esset, etc.

Lab. bei Jav. 4 ex Poster. Lab. (D. XVIII, 1, 77): referre quid actum sit; si non appareret etc.

Paul. zu Lab. 1 Pithan. (D. XIV, 2, 10. pr.): quaeritur, quid actum est, — quodsi hoc apparere non poterit etc.; zu Lab. 2 Pith. (D. XVIII, 4, 25): semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit; si autem id non apparebit etc.

b. die mores regionis d. i. die Uſance, die Lebens- oder Verkehrs-Sitte. Denn indem dieſelbe im Unterſchiede von dem Gewohnheitsrechte nur dadurch und darin eine Herrſchaft über ein Rechtsverhältniß gewinnt, daß ſie Theil und Inhalt der geſchäftlichen Willensbeſtimmung iſt, ſo beruht nun, in Ermangelung einer beſonderen Willenserklärung des Handelnden, der Rechtsgrund ihrer bindenden Kraft lediglich darin, daß die Norm jener mores als etwas ſelbſtverſtändlich Maaßgebendes von dem Handelnden nicht beſonders in der geſchäftlichen Dispoſition verlautbart iſt[148]. Und dies bekunden:

Papin. 2 Quaest. (D. XXII, 1, 1. pr.), Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 31. § 20), 10 ad Ed. (D. eod. fr. 37) ſ. Beil. VII, § 8, ſowie

Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1): in usurarum — quantitate mos regionis erit sequendus; 45 ad Sab. (D. L, 17, 34): id sequimur, quod actum est, aut si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur[149].

148) Beil. VII, § 8. XVI, § 3.

149) Vgl. Modest. 6 Resp. (D. XXVI, 7, 32. § 6), Diocl. et Max. in C. Just. IV, 65, 19., ſowie die epistola Traiani in Hensen, Inscr. Lat. III, no. 6856: si, in quantis particulas, quas cleros appellant, ager Aesanensi Jovi dicatus a regibus divisus sit, non apparet, optimum

Im Uebrigen läßt endlich die aequitas den in § 2 dargelegten Satz fallen, daß die Rechtsacte nicht auf dies und condicio zu ſtellen ſeien.

§ 16.

2. Die unformale Willensäußerung als die Form des zweiſeitigen, wie des bezüglichen Rechtsgeſchäftes insbeſondere.

Der Grundſatz der aequitas, daß jede gemeinverſtändliche Kundgebung des Willens zur juriſtiſchen Willenserklärung genügt, gewinnt für die zweiſeitigen und reſp. die bezüglichen Rechtsgeſchäfte die beſondere Anwendung, daß eine äußere Uebereinſtimmung der correſpondirenden Willenserklärungen nicht erfordert ſei, vielmehr eine jede der letzteren ſelbſtſtändig und für ſich dem in § 15 dargelegten allgemeinen Geſetze unterfällt, ohne Rückſicht auf die Form, in welcher die correſpondirende Erklärung zu Tage tritt. Und als Conſequenz knüpfen hieran die Quellen den Satz, daß die zweiſeitigen Rechtsgeſchäfte auch im Allgemeinen inter absentes und im Beſonderen per epistolam oder per nuntium abgeſchloſſen werden können. Dies beſagen:

Paul. 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 35. § 2): si locando conducendo, vendendo emendo ad interrogationem quis non responderit, si tamen consentitur in id, quod responsum est, valet quod actum est, quia hi contractus — — consensu confirmantur;

Gai. III, 136: sufficit eos, qui negotium gerunt (sc. quod consensu fit), consensisse; unde inter absentes quoque talia negotia contrahunter, veluti per epistulam aut per internuntium;

Ulp. 35 ad Sab. (D. XXIII, 1, 4): sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia. Denique constat et absenti absentem desponderi posse;

Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 1. pr. § 1): obligatio mandati consensu contrahentium consistit; ideo per

---

est — — eum, qui in vicinis civitatibus clerorum nec maximus nec minimus est, observari, und dazu die epistola Quieti no. 6955[b] Vgl. auch Paul. 4 ad Sab. (D. XXXIII, 6, 4).

nuntium quoque vel per epistolam mandatum suscipi potest; 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 1. § 2): emtio — consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litterus;

vgl. Lab. bei Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 2. pr. § 1): pacta Pomp. 4 ad Sab. (D. XXIII, 2, 5): nuptiae; Gai. 26 ad Ed. prov. (D. XLIII, 26, 9): precarium; Ulp. 9 ad Ed. (D. III, 3, 1. § 1. 3): mandatum; 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 14. § 3): constitutum debiti; Modest. 3 Reg. (D. XVII, 2, 4. pr.): societas, und (D. XX, 1, 23. § 1): pignoris obligatio; vgl. § 56.

Insbesondere nun bei den bezüglichen Geschäften tritt jener Satz zu Tage ebenso bei den auflösenden, wie bei den accessorischen, als auch bei den novatorischen Geschäften [150]), wofür bezüglich der letztern die Nachweise bereits in A. 83 gegeben sind. Was dagegen die auflösenden Geschäfte betrifft, so gelangt jener Satz zur Geltung darin, daß die solutio [151]), wie das pactum de non petendo [152]) rechtswirksam sind gegenüber allen, auch den durch formale Willenserklärung begründeten Vertragsobligationen, sowie daß das divortium als ein von der diffareatio und remancipatio verschiedenes und auch bei diffareirter, wie coëmirter Ehe zulässiges Rechtsgeschäft anerkannt ward [153]).

Endlich hinsichtlich der accessorischen Geschäfte gelangt jener Satz darin zur Geltung, daß die fideiussio, constitutum debiti,

150) Nicht bei den cumulativen Geschäften, weil solche der jüngeren Rechtsbildung ganz fremd sind.

151) Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XLVI, 3, 80): quum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debeat: — — re, veluti quum solvit, quod promisit; Gai. III, 168: tollitur obligatio praecipue solutione eius quod debeatur; Glossar bei Brisson. de V. S. v. solutio: *καταβολὴ ἢ λύσις, δι' ἧς πᾶσα ἡ ἐνοχὴ διαλύεται καὶ ἡ τῆς βέρβις καὶ τῆς* re *καὶ τῆς* litteris *καὶ τῆς* consensu; fragm. Graec. bei Haubold, Opusc. II, 353: *διαλύονται — αὗται* (sc. *ἐνοχαί*, und zwar insbesondere *ἐγειρόμεναι* re, verbis, litteris, consensu) *τῇ καταβολῇ τοῦ ἐκφευλομένου.*

152) So bei Litteralobligation und Stipulation: Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 27. pr. § 6), bei Legat: Ulp 26 ad Ed. (D. II, 14, 51), hypotheca: Marc. ad form. hyp. (D. XX, 6, 5. pr.).

153) Gai. I, 137.

mandatum qualificatum, wie pignoris obligatio zu allen principalen geſchäftlichen Obligationen hinzutreten können, mögen dieſelben in welcher Modalität immer begründet ſein [154]).

B. Die Willensbeſtimmung als das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes.

§ 17.

1. Die Willensbeſtimmung als das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes im Allgemeinen.

Indem die aequitas die Willensbeſtimmung zu dem rechtsverbindlichen Elemente des Rechtsactes erhebt, ſo ſinkt damit die Willenserklärung zu der Bedeutung und dem Werthe eines einfachen Offenbarungs- und Erkenntnißmittels jenes Willens herab. Daher bleibt hier die Willenserklärung und ſo namentlich auch das Wort in ſteter Abhängigkeit von ſeinem Urheber: die von dieſem in das Wort hineingelegte Willensmeinung beherrſcht fortan daſſelbe und beſtimmt allein innerhalb des betreffenden Rechtsactes den von dem Worte getragenen Denkinhalt. Und indem ſomit das Wort immer nur in dem Sinne gilt, in welchem es von ſeinem Urheber geſprochen war, ſo beherrſcht nun dieſer Sinn in Wahrheit das Wort in der Weiſe, daß ſolches lediglich als Träger und Leiter der Willensmeinung des Handelnden dient, dieſe Willensbeſtimmung ſelbſt aber ſomit zur wahrhaft herrſchenden Potenz ſich erhebt: die voluntas, mens, sententia, de quo sentit oder cogitat und dergl. oder das actum oder die res (§ 1) iſt das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes. Dieſen Satz ſprechen aus

---

154) Gai. III, 119: fideiussor — omnibus obligationibus id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest; Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 1. § 6): debitum — ex quacunque causa potest constitui id est ex quocunque contractu. Wegen des mandatum qualificatum vgl. z. B. Gai. 2 Aur. (D. XVII, 1, 2. § 2), Paul. 4 Quaest. (D. XLVI, 1, 71. § 1). Marc. ad form. hyp. (D. XX, 1, 5. pr.): res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione.

Cic. p. Caec. 28, 81: id verum, id aequum, id utile omnibus esse spectari, quo consilio atque sententia, non quibus quidque verbis esset actum; de Inv. II, 33, 101: in omnibus rebus voluntatem spectari oportere;

das Gloſſem bei Cic. de Off. I, 13, 40: semper — quid senseris, non quid dixeris cogitandum;

Boeth. in Top. 17. p. 378 Or.: qui fuerit animus contrahentium, quaeri solet;

Serv. bei Lab. 5 Poster. (D. XVIII, 1, 80. § 2): sequendum esse, quod appareret actum esse;

Tubero bei Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2): quorsum nomina, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? Alf. Var. 4 Dig. (D. XVIII, 1, 40. § 1. 3): videri id actum esse; referre quid esset actum;

Labeo bei Jav. 4 ex Post. Lab. (D. XVIII, 1, 77): referre, quid actum sit;

Cels. 12 Dig. bei Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIII, 3, 7. § 2): interesse, quid acti sit; 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2): prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis;

Ped. bei Paul. 2 ad Vit. (D. XXXIII, 7, 18. § 3): optimum esse, non propriam verborum significationem scrutari, sed — quid testator demonstrare voluerit;

Pomp. 3 ad Sab. (D. XXX, 1, 12. § 3): voluntas facit, quod in testamento scriptum valeat; 9 ad Sab. (D. XVIII, 1, 6. § 1): potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est, und (D. XVIII, 1, 8. § 1): nulla eo nomine — — obligatio contrahitur, quia id actum intelligitur;

Gai. 2 Aur. (D. XLI, 1, 9. § 3): nihil — tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre ratam haberi; de form. hyp. (D. XXII, 4, 4): fiunt — de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari possit;

Scaev. 2 Resp. (D. XIX, 1, 48): id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse intelliguntur;

Papin. 2 Resp. (D. L, 16, 219): in conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit; 8 Resp. (D. XXXV, 1, 101. pr.): in condicionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari oporteat; und (D. XXXI, 1, 77. § 12): ordo scripturae non impedit causam iuris ac voluntatis;

Ulp. 24 ad Sab. (D. XXXIV, 4, 3. § 9): melius est sensum magis, quam verba amplecti; 45 ad Sab. (D. L, 17, 34): semper — in — contractibus id sequimur, quod actum est; 50 ad Sab. (D. XLV, 1, 41. pr.): hoc sequimur, quod actum est; 26 ad Ed. (D. V, 1, 61. pr.): solemus — dicere id venire in iudicium, de quo actum est inter litigantes; 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 1): nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est; 5 Disp. (D. XXXV, 1, 19. pr.): in condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet;

Paul. 4 ad Plaut. (D. XLVI, 3, 6): nec enim ordo scripturae spectatur, sed potius ex iure sumitur id, quod agi videtur; 3 ad Ed. (D. XLIV, 7, 38): non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur, quatenus placuit non minus valere quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur; 21 ad Ed. (D. L, 16, 28. § 1): oratio, quae neque coniunctionem neque disiunctionem habet, ex mente pronuntiantis vel disiuncta vel coniuncta accipitur; 35 ad Ed. (D. XXIII, 3, 41. § 1): magis — res, quam verba intuenda sunt; zu Lab. 1 Pith. (D. XIV, 2, 10. pr.): quaeritur, quid actum est, und zu 2 Pith. (D. XVIII, 4, 25): semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit;

Car. Carin. et Numer. in C. Just. VI, 42, 16: voluntas magis, quam verba plerumque intuenda sunt.

Vgl. A. 614. 616—619. 626. 628. 631. 637.

Insbesondere bezüglich der Gesetze tritt jener Satz hervor bei Cels. 26 Dig. (D. I, 3, 17): scire leges non hoc est verba

earum tenere, sed vim ac potestatem; 33 Dig. (D. I, 3, 19): voluntas legis ex hoc colligi possit;

Papin. de Adult. (D. XLVIII, 5, 11. § 5): opinionem tuam et verba legis et sententia adiuvat;

Gai. 6 ad Ed. prov. (D. V, 3, 17): secundum SCti sententiam subveniendum ei est;

Ulp. 3 ad Ed. (D. L, 16, 6. § 1): verbum „Ex legibus" sic accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis; 29 ad Ed. (D. XIV, 6, 7. § 4): mens SCti non cessat; 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 41. § 12): mens senatus plenius accipienda est;

Tryph. 4 Disp. (D. XLIX, 15, 12. § 8): et iniquum et contra mentem constitutionis est;

Macer 1 Public. (D. XLVIII, 5, 24. § 3): ex sententia legis quaeritur;

Carac. in C. Just. IX, 9, 3: verba legis Juliae de adulteriis coërcendis, sed etiam sententia — pertinet;

ſowie hinſichtlich des Rechtsſatzes: ad exhibendum possunt agere omnes, quorum interest

Alfen. 4 Dig. a Paul. epit. (D. X, 4, 19): non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed, qua mente quid diceretur, animadvertere convenire.

Von dieſem Satze der aequitas wird jedoch eine Ausnahme ſtatuirt hinſichtlich der stipulationes praetoriae: dieſe werden in ihrem Denkgehalte beurtheilt und bemeſſen nach der bei ihrer Proponirung im Edicte maaßgebenden Willensbeſtimmung des Prätors, nicht aber nach der bei ihrem Abſchluſſe maaßgebenden Willensbeſtimmung der Contrahenten:

Ulp. 7 Disp. (D. XLV, 1, 52. pr.): in conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant; enimvero praetoriae stipulationes legem accipiunt de mente praetoris, qui eas proposuit. Denique praetoriis stipulationibus nihil immutare licet neque addere neque detrahere; vgl. § 19. a. E. Thl. I A. 23.

Dieſes Princip der aequitas ergiebt nun als einfache Conſequenz theils die Ungültigkeit des Rechtsactes für den Fall, daß die dabei maaßgebende Willensbeſtimmung nicht in juriſtiſche Gewißheit ſich ſetzen läßt, worüber ſ. §. 28, theils den Satz: das

formale Geſchäft, welches an und für ſich wegen eines Mangels nicht rechtsbeſtändig iſt, iſt rechtsbeſtändig, inſoweit es auf Grund des darin enthaltenen actum als unformales Geſchäft beſtehen kann. Dieſer Satz gelangt zur Geltung hinſichtlich der Acceptilation: die acceptilatio inutilis wirkt als pactum de non petendo

Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 27. § 9): si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione id actum videtur, ne peteretur; Jul. 15 Dig. (D. XVIII, 5, 5. pr.), Ulp. 48 ad Sab. (D. XLVI, 4, 8. pr.) 2 Reg. (D. XLVI, 4, 19. pr.), Paul. in Lab. 5 Pith. epit. (D. XLVI, 4, 23).

Dahingegen iſt dieſe Conſequenz nicht anerkannt hinſichtlich der Stipulation: die stipulatio inutilis wirkt nicht als pactum

Ulp 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 2): si quis ita interroget: Dabis? responderit: „Quidni“? — is utique in ea causa est, ut obligetur; contra si sine verbis annuisset. Non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita annuit.

§ 18.

2. Der Conſens insbeſondere als das rechtsverbindliche Element des zweiſeitigen Rechtsgeſchäftes.

Das Princip, daß die Willensbeſtimmung das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes im Allgemeinen iſt, ergiebt bezüglich des zweiſeitigen Rechtsgeſchäftes insbeſondere den Satz, daß für dieſes der Conſens das rechtsverbindliche Element iſt:

Javol. 12 Epist. (D. XLIV, 7, 55): in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium. Nam — — nisi animus utriusque consentiat, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest; wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 23. 24. 36*;

Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 1. pr. § 3): quid — tam congruum est fidei humanae, quam ea, quae inter nos placuerunt, servare? — — Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt; nam — convenire dicuntur, qui

— — ex diversis animi motibus in unum consentiunt id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem; 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 1. pr.): hoc edicto praetor favet naturali aequitati, qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere; 28 ad Sab. (D. XVIII, 1, 9. pr.).

Aus dieſem Satze ergiebt ſich als Conſequenz, zunächſt daß die Sprache, in welcher das Rechtsgeſchäft abgeſchloſſen wird, ganz gleichgültig, wohl aber ein weſentliches Erforderniß der Verbindlichkeit des Vertrages das Verſtändniß ſolcher Sprache iſt:

Gai. III, 93: etiam hae (sc. stipulationes ad graecam vocem expressae) — inter cives Romanos valent, si modo graeci sermonis intellectum habeant; et e contrario, quamvis latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo latini sermonis intellectum habeant;

Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 6), J. Just. III, 15, 1. Theoph. in h. l.;

und ſodann daß ein obwaltender Diſſens die Nichtigkeit des Rechtsactes zur Folge hat:

Pomp. 36 ad Qu. Muc. (D. XLIV, 7, 57): in omnibus negotiis contrahendis sive bonae fidei sint sive non sint, si error aliquis intervenerit, ut aliud sentiat, puta qui emit aut qui conduxit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit. Et idem in societate quoque coëunda respondendum est, ut, si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valeat ea societas, quae in consensu consistit;

Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 1, 9. pr.): in emtionibus et venditionibus consensum debere intercedere palam est, ceterum sive in ipsa emtione dissentiant, — — emtio imperfecta est.

Jenes Princip an ſich aber vom Erforderniſſe des Conſenſes bei zweiſeitigen Rechtsacten iſt nicht mit voller Strenge durch-

geführt, und zwar ist dasselbe zunächst ganz aufgegeben von der späteren Theorie hinsichtlich der Litiscontestation:

Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 1): si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit; quod et in iudiciis Aristo existimavit. Sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit; nam stipulatio ex utriusque consensu valet, iudicium autem etiam in invitum redditur; wozu vgl. Pomp. bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 5. § 5) § 28 unter B. 3 d.

Und sodann ist jenes Princip mehrfach modificirt hinsichtlich der zweiseitigen Rechtsgeschäfte, zweifelsohne bestimmt durch die Rücksicht, daß im Interesse des geschäftlichen Verkehres die Nichtigkeitserklärung von Rechtsgeschäften auf Grund obwaltenden Dissenses möglichst zu beschränken sei. So nun erklären sich die Einschränkungen jenes Principes[155]), daß

A. der Dissens nur dann das zweiseitige Rechtsgeschäft annullire, wenn er ein wichtiges Stück desselben, somit einen wesentlichen Moment seines Thatbestandes betreffe, wohingegen der Dissens über einen Nebenpunkt das Rechtsgeschäft nicht zerstört, vielmehr hinsichtlich solchen von dem Dissens betroffenen Punktes durch die in § 28 unter B. 3 dargestellten Sätze über die Interpretation nachgeholfen wird. Als solche wesentliche Punkte aber gelten:

1. der dem Rechtsgeschäfte inserirte Zweck in dem Falle, wo solcher eine specifische juristische Bestimmung einem Geschäfte allgemeineren Characters verleiht und so nun von unmittelbarem Einflusse auf dessen juristische Wesenheit ist. Denn indem hiermit solcher Zweck zu einem wesentlichen Momente des Rechtsgeschäftes sich erhebt, so gewinnt damit der Dissens über jenen einen zerstörlichen Effect. Dies wird bekundet zunächst bezüglich der Tradition mit obligatorischem Zwecke von

Jul. 10 Dig. (D. XII, 1, 19. pr.): non omnis numeratio eum, qui accepit, obligat, sed quoties id ipsum agitur, ut confestim obligetur. Nam et is, qui

155) Vgl. zu dem Nachstehenden Voigt im Archiv f. civ. Prax. 1871. Bd. 54. § 10.

mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligavit accipientem, quam si extitisset casus, in quem obligatio collata fuisset;

Paul. 2 Inst. (D. XLIV, 7, 3. § 1): non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur. Itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est;

wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. 128 fg.;

ſodann bezüglich der Tradition mit ſolutoriſchem Zwecke, worüber vgl. Voigt, a. O. 126 fg., nicht minder bezüglich der Tradition mit poſſeſſoriſchem Zwecke, worüber vgl. Voigt, a. O. A. 33., wie endlich mit dinglichem Zwecke:

Ulp. 7 Disp. (D. XII, 1, 18. § 1): si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, — et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatum ostendendi gratia accepi, — — consumtis nummis condictioni sine doli exceptione locus erit, wozu vgl. Voigt, a. O. 128; vgl. auch Gai. 2 Aur. (D. XLI, 1, 9. § 3), Theoph. Par. II, 1, 40.

2. Die Identität des Mitcontrahenten:

Cels. 5 Dig. (D. XII, 1, 32), Jav. 6 Epist. (D. XXXIX, 5, 25), Jul. 44 Dig. (D. XLI, 1, 37. § 6), wovon Ulp. 7 Disp. (D. XXXIX, 5, 13) eine Modification zuläßt, und worüber allenthalben vgl. Voigt in A. 155. § 11.

3. Gewiſſe Kategorieen des Objectes des Geſchäftes und ſo zwar

aa. die Identität des Hauptobjectes, der res principalis des Rechtsgeſchäftes, dissensus in corpore genannt:

Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 1, 9. pr.): in venditionibus et emtionibus consensum debere intercedere palam est; ceterum sive in ipsa emtione dissentiant sive in pretio sive in quo alio, emtio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti,

quia in corpore dissensimus, emtio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti; nam quum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emtionem; 7 Disp. (D. XLI, 2, 34. pr.); Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 1, ſ. oben); Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 1). J. Just. III, 19, 23.

bb. Die Subſtanz und die weſentliche Qualität des Rechtsobjectes von Rechtsgeſchäften, welche eine Veräußerung oder entgeltliche Uebertragung von Nutzungsbefugniſſen vermitteln[155a]).

Dagegen hat, wie obbemerkt, der Diſſens keinen zerſtörlichen Effect, dafern er unweſentliche Momente des zweiſeitigen Rechtsgeſchäftes betrifft. Und als ſolche nun gelten

a. die Acceſſion der res principalis:

Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 34. pr.): si in emtione fundi dictum sit accedere Stichum servum neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, quum de alio emtor, de alio venditor senserit, nihilo minus fundi venditionem valere constat; wozu im Weiteren vgl. A. 185;

b. die unweſentliche Qualität des Rechtsobjectes, ſowie die Subſtanz und die weſentliche Qualität bei denjenigen Rechtsgeſchäften, welche eine unentgeltliche Uebertragung der Detention vermitteln (vgl. A. 155a); endlich

c. ſonſtige Nebenpunkte im Thatbeſtande des zweiſeitigen Rechtsgeſchäftes.

B. Dafern ein Diſſens obwaltet hinſichtlich der Summe oder Zahl der in dem Rechtsgeſchäfte inbegriffenen Objecte, ſo annullirt ſolcher Diſſens im Allgemeinen nur von der Zahl aufwärts, von welcher ab der Diſſens beginnt, nicht aber bis zu jener Zahl, auf welche, als die geringere Summe, der eine Paciscent unmittelbar, der Andere aber inſofern conſentirt, als in der von ihm im Sinne gehabten größeren Summe auch jene kleinere Zahl als das Minus mit enthalten iſt. Jedoch erleidet

---

155a) Dieſer Satz iſt in den Quellen nicht direct bezeugt, wohl aber aus den bezüglich des error an ſich geltenden Sätzen zu entnehmen; vgl. Voigt a. O. § 10 unter A 1. 3 bb.

diese Regel unbeschränkte Geltung nur bei dem unentgeltlichen, wie bei dem pecuniär indifferenten Rechtsgeschäfte, wie z. B. bei Schenkung und bei Stipulation:

Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 4): si stipulanti mihi X tu XX respondeas, non esse contractam obligationem nisi in X constat. Ex contrario quoque, si me XX interrogante tu X respondeas, obligatio nisi in X non erit contracta; licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est, XX et X inesse [156]);

Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 3): „Decem aut viginti dari spondes?“ Hic —, etsi X spoponderis, recte responsum est, quia semper in summis id, quod minus est, sponderi videtur [157]); vgl. Jul. bei Ulp. 13 ad Ed. (D. IV, 8, 37. § 3);

sowie hinsichtlich einer Mehrheit nicht fungibler Objecte von

Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 5): si mihi Pamphilum stipulanti, tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adiectionem pro supervacuo habendam puto;

Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 4).

Und diesen Satz wendet auch an auf die correspondirenden Geschäfte, so auf die Acceptilation:

Pomp. 27 ad Sab. (D. XLVI, 4, 15): si is, qui Stichum promisit, ita interroget: „Quod Stichum promisi, Stichum et Pamphilum habesne acceptos“? puto recte accepto latum et pro supervacuo Pamphili mentionem factam, quemadmodum si is, qui X promisit, ita interroget: „Quod tibi X promisi, XX habesne accepta“? etiam X nomine erit liberatus [158]).

Dagegen greift vollständige Nullität dann Platz, wenn bei entgeltlichen Geschäften der Zahlungspflichtige auf das Minus,

---

156) Die entgegengesetzte Entscheidung bietet Gai. III, 102 in § 6; vgl. A. 182. Schilling, Inst. § 278 m.

157) Eine abweichende Entscheidung bietet Paul. l. c. (D. cit. § 2) hinsichtlich der alternativen Obligation s. A. 182.

158) Abweichend hinsichtlich der Novation: Ulp. 46 ad Sab. (D. XLV, 1, 29. pr.).

der Zahlungsempfänger und zur Gegenleiſtung Verpflichtete aber auf das Plus ſeine Willensbeſtimmung richtet:

Pomp. 31 ad Qu. Muc. (D. XIX, 2, 52): si X tibi locem fundum, tu autem existimes V te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi;

Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 1, 9. pr.): sive dissentiant in pretio, emtio imperfecta est.

§ 19.

Die beſonderen Conſequenzen des Principes, daß die Willensbeſtimmung das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes iſt.

Das Princip der aequitas, daß die Willensbeſtimmung und reſp. der Conſens das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes iſt, giebt ſich kund in allen den Fällen, wo die Willenserklärung mangelhaft die Willensbeſtimmung des Handelnden vertritt, in den Vorkommniſſen ſomit, wie ſolche in § 7 dargelegt ſind, und zwar

1. beim Scheingeſchäfte: § 20; ſowie

2. in den Interpretationsfällen, nämlich von scriptum et voluntas: § 21, ratiocinatio: § 22, definitio: § 23, ambiguitas: § 24 und contrariae leges: § 25[159]. Und zwar kann dieſe unabſichtlich mangelhafte Willenserklärung herbeigeführt ſein ebenſo durch einen ſingulären Sprachgebrauch des Redenden, wie z. B. bei Paul. 4 ad Vit. (D. XXVIII, 5, 58. § 1) und Gordian. im C. Just. VI, 24, 5, als auch durch einen error deſſelben, und ebenſo durch ein äußeres und zwar zufälliges Ereigniß, als auch durch dolus oder vis eines Mitintereſſenten, über welche Fälle des error, dolus und vis ſ. § 26.

Da nun bei allen jenen Vorkommniſſen nach dem obigen Principe der aequitas die Willensbeſtimmung das weſentliche

---

159) Vgl. A. 101, ſowie C. G. J. van Boetzelaer, Animadvers. quae spectant interpretationem ambiguae orationis in conventione aut testamento obviae. Traj. ad Rhen. 1832. C. W. Schweitzer, ad tit. Dig. de Reb. dub. Lips. 1802. p. 131 sq. Hinſichtlich des Criminalrechts bietet einige allgemeine Bemerkungen Seeger, über das Verhältniß der Strafrechtspflege zum Geſetz im Zeitalter Cicero's, Tübing. 1869. S 101 fg.

Element iſt, ſo gewinnt demzufolge hier die Exiſtenzfrage nach dem wirklichen Willen des Handelnden die höchſte Wichtigkeit. Und dieſes Verhältniß reflectirt nun in den Quellen darin, daß dieſelben ſolche Frage unter der techniſchen Bezeichnung mentis oder voluntatis quaestio oder coniectura ſehr markirt hervortreten laſſen, und ſo zwar

mentis quaestio: Cels. bei Quint. III, 6, 38; Quint. III, 6, 40. vgl. daſ. § 90;

voluntatis quaestio: Papin. 6. 8 Resp. (D. XXVIII, 6, 41. § 5. XXXI, 1, 77. § 15), 16. 17. 18. 19 Quaest. (D. XXXIV, 9, 12. XXXI, 1, 66. pr. XXX, 1, 90. pr. XXIX, 7, 13. § 1); Papin. und Ulp. bei Justinian. in Cod. VI, 25, 9. Valens 2 Fideic. (D. XXXII, 1, 94). Maecian. bei Ulp. 4 Fideic. (D. XXXVI, 1, 16. pr.). Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXII, 1, 50. § 3. 4), 2 Fideic. (D. XXXVI, 1, 17. § 4), 5 Disp. (D. XL, 4, 13. § 1). Paul. 1 ad Nerat. (D. XXXII, 1, 25. § 1). Modest. de Heurem. (D. XXVIII, 6, 4. § 2). Tryphon. 8 Disp. (D. XV, 1, 57. § 2). Sev. Alex. im C. Just. VI, 24, 3. VI, 42, 7. Diocl. et Max. im C. Just. V, 16, 14. Constant. im C. Th. VIII, 12, 4. Vgl. Quint. VII, 1, 13. 49: de voluntate quaerere; Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXII, 1, 50. § 6): disputari de voluntate;

voluntatis coniectura: Quint. XII, 2, 19. Sulp. Vict. J. O. 40. 51. Papin. 8 Resp. (D. XXXI, 1, 77. § 8).

Die einfache Conſequenz des obigen Principes aber iſt, daß das Scheingeſchäft nichtig iſt, dagegen in den Interpretationsfällen und insbeſondere auch bei Störung der Willenserklärung durch error, dolus oder vis die wirkliche Willensbeſtimmung das Uebergewicht hat gegenüber der Willenserklärung, daher nun die Aufgabe der Interpretation dahin ſich ſtellt, die mangelhafte Willenserklärung des Handelnden aus deſſen Sinne und Willensmeinung heraus ſo zu verbeſſern, daß ihr Ergebniß den correcten Ausdruck dieſer Willensbeſtimmung darbiete; und dies beſagt auch im Allgemeinen:

Cels. 29 Dig. (D. I, 3, 18): benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur;

Paul. 3 ad Sab. (D. L, 17, 12): in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur; 1 ad Plaut. (D. L, 17, 168. § 1): quod factum est, quum in obscuro sit, ex affectione cuiusque capit interpretationem.

Vermag aber die Interpretation nicht, aus der Willenserklärung eine verſtändliche Willensbeſtimmung herauszuleſen, ſo kommt die aequitas zu dem nämlichen Ergebniſſe, wie der rigor (§ 7 a. E.): der Rechtsact verliert ſeinen juriſtiſchen Effect:

Alf. Var. 5 Dig. (D. XXXIV, 8, 2): quae in testamento scripta essent neque intelligerentur, quid significarent, ea perinde sunt, ac si scripta non essent (vgl. A. 456. § 28).

Auf eine ſinguläre Beſchränkung der Anwendung dieſes Principes in dem Falle, wo der Wortlaut an ſich einer Diſpoſition durchaus fehlerfrei iſt, iſt in § 28 unter b. zurückzukommen.

Endlich ergeben eine Ausnahme, entſprechend dem in § 17 Dargelegten, die stipulationes praetoriae: dieſe werden nicht ex mente der Contrahenten, als vielmehr ex mente praetoris interpretirt:

Venul. 1 Stip. (D. XLVI, 5, 9): in praetoriis stipulationibus si ambiguus sermo acciderit, praetoris erit interpretatio: eius enim mens aestimanda est; vgl. Jul. bei Maec. 9 fideic. (D. XXXV, 2, 32. § 2).

§ 20.

a. Nichtigkeit des Rechtsactes bei Simulation oder nicht ernſtlicher Willenserklärung.

Das Scheingeſchäft umfaßt zwei verſchiedene Vorkommniſſe, je nachdem die Willenserklärung verlautbart wird, ohne daß ihr überhaupt irgend welche, oder aber ohne daß ihr eine entſprechende juriſtiſche Willensbeſtimmung zu Grunde liegt.

In dem erſteren Falle iſt das Scheingeſchäft abſolut ungültig, und ihn behandeln Varr. und Paul., welche ebenſo die zum Scherze, wie die von dem Schauſpieler in Darſtellung

ſiner Rolle auf der Bühne oder die zur Belehrung ausgeſprochene Stipulation für unverbindlich erklären:

Varr. L. L. VI, 7, 72: non spondet ille, statim qui dixit: „Spondeo“, si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Itaque qui dixit in tragoedia: „Meministin' te despondere mihi gnatam tuam“, quod sine sponte sua dixit, eum eo non potest agi ex sponsu (ſ. Beil. XIX, § VI);

Paul. 2 Inst. (D. XLIV, 7, 3. § 2): nec — si per iocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero: „Spondes“? et tu responderis: „Spondeo“, nascetur obligatio;

ſodann

Traian. bei Florent. 10 Inst. (D. XXIX, 1, 24): si — miles, de cuius bonis apud te quaeritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declamaret, quem vellet sibi esse heredem — —, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus — —. Ceterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: „Ego te heredem facio“ aut: „Tibi bona mea relinquo“, non oportet hoc pro testamento observari;

vgl. Hispo Rom. bei Sen. Contr. II, 10, 7: iusiurandum iocosum fuisse, sicut multa cotidie iurarent amantes.

Und hierunter fallen auch die Vorkommniſſe unmöglicher Bedingungen bei der Erbeinſetzung in Pomp. 11 Epist. (D. XL 4, 61. pr.) und Paul. 5 ad Sab. (D. XL, 7, 4. § 1).

In dem zweiten Falle der Simulation iſt das Geſchäft nur relativ ungültig: nur inſoweit, als der Willenserklärung eine Simulation, nicht aber inſoweit, als ihr eine juriſtiſche Willensbeſtimmung zu Grunde liegt: plus actum, quam scriptum valet oder non quod scriptum, sed quod gestum est inspicitur (Diocl. et Max. in C. Just. IV, 22, 4. 3.) oder plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur (rubr. C. Just. IV, 22); und ſo:

Valer. et Gall. in C. Just. IV, 22, 1: in contractibus rei veritas potius, quam scriptura perspici debet;

Diocl. et Max. in C. Just. IV, 22, 2: acta simulata, velut non ipse, sed eius uxor comparaverit, veritatis substantiam mutare non possunt; und ebendaſ. c. 4.

Daher iſt das numo uno abgeſchloſſene unentgeltliche Geſchäft als ſolches rechtsbeſtändig, dagegen als entgeltliches Geſchäft nichtig:

Ulp. 69 ad Ed. (D. XLI, 2, 10. § 2): si quis et conduxerit et rogaverit precario, uti possideret, si quidem numo uno conducit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat, quia conductio nulla est, quae est in uno numo[160]);

Hermog. 2 Jur. Ep. (D. XLI, 6, 6): donationis causa facta venditione non pro emtore, sed pro donato res tradita usucapitur;

Diocl. et Max. in C. Just. II, 4, 21. IV, 22, 3. IV, 38. 3. 9[161]).

Liegt jedoch dem ſimulirten Geſchäfte gar keine juriſtiſche Willensbeſtimmung unter, ſo iſt auch ſolches völlig nichtig, ſo die Ehe:

Gai. 2 ad l. Jul. et Pap. (D. XXIII, 2, 30): simulatae nuptiae nullius momenti sunt;

das divortium, ſo z. B. mit Rückſicht auf die während deſſelben vom Ehemanne der Frau gemachte Schenkung:

Trebat. bei Jav. 6 ex Post. Lab. (D. XXIV, 1, 64. pr.): si verum divortium fuisset, ratam esse donationem (sc. a viro mulieri factam); si simulatam, contra; vgl. Diocl. et Max. in C. Just. V, 17, 3;

die emtio venditio:

Paul. 2 ad Ed. aed. cur. (D. XVIII, 1, 55): nuda et imaginaria venditio pro non facta est et ideo nec alienatio eius rei intelligitur; 16 ad Sab. (D. XXXIX,

---

160) Eine interpolirte Faſſung dieſer Stelle enthält D. XIX, 2, 46.

161) Weiteres ſ. bei Schilling, Inſt. § 351, b. f. l. v. aa. — Sodann anderer Fall z. B. bei Cels. 20 Dig. (D. XXXI, 1, 21), wo eine Simulation in Form einer falsa demonstratio vorliegt; und dann wiederum Diocl. et Max. im C. Just. IV, 29, 17. Endlich wiederum vor Mißgriffen warnend Ulp. 21 ad Sab. (D. L, 17, 16): imaginaria venditio non est pretio accedente.

3, 12), Ulp. 43 ad Ed. (D. XVIII, 1, 36), 7 Disp. (D. XVIII, 1, 38), Modest. 5 Reg. (D. XLIV, 7, 54), Diocl. et Max. in C. Just. IV, 22, 5. IV, 38, 10. V, 16, 20. VIII, 28, 10. vgl. Sabin. bei Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 2, 4. § 5), Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 14. pr.);

die mutui datio: Gord. in C. Just. II, 6, 3.

§. 21.

b. Interpretatio ex voluntate bei scriptum et voluntas.

Für den Fall des scriptum et voluntas oder dergl., als der nicht conformen Vertretung der Willensbestimmung durch die Willenserklärung (§ 9), ergiebt das Princip der aequitas die unmittelbare Consequenz, daß die incongruente oder nicht adäquate Willenserklärung ohne allen eigenen juristischen Werth ist, vielmehr die wirkliche Willensbestimmung allein den Gehalt des Rechtsactes bestimmt: indem der Redende das, was er sagen wollte, falsch ausgedrückt hat, so ist nun die vorhandene Willenserklärung jener wirklichen Willensbestimmung des Handelnden gemäß zu berichtigen. Diese These wird nun, in gleicher Weise wie die entgegenstehenden Sätze des rigor in § 5, von Cornificius und Cicero in deren rhetorischen Werken aufgestellt und durch Argumente gestützt, welche theils eine petitio principii, theils Utilitäts-Gesichtspunkte bieten.

Die petitio principii tritt dabei hervor in den fünf Positionen:

a. Das Wesen des Gesetzes oder Rechtsgeschäftes besteht in deren Denkinhalte, nicht in den sie verlautbarenden Worten; daher ist der Richter berufen, jenen, nicht diese als maaßgebend anzuerkennen:

Cic. Part. Or. 39, 136: in consilio atque in mente scriptoris, non in verbis ac litteris vim legis positam esse; de Inv. II, 48, 143: leges in consilio scriptoris — —, non in verbis consistere; § 141: quid sit lex, describere (sc. orator debet), ut ea videatur in sententiis, non in verbis consistere; et iudex is videatur legi obtemperare, qui sententiam eius, non qui scripturam sequatur.

b. Der Werth und die Bedeutung der Geſetze für das Leben beruht nicht auf ihrem Buchſtaben, ſondern darauf, daß ſie dem gemeinen Wohle dienen und ein Product der Weisheit wie Umſicht des Geſetzgebers ſind; daher muß der Inhalt des Geſetzes aus ſeiner vom Geſetzgeber ihm angewieſenen Stellung gegenüber dem Gemeinwohle, nicht aber aus ſeinem Wortlaute entnommen werden:

Cic. de Inv. I, 38, 68. 69: omnes leges ad commodum rei publicae referre oportet et eas ex utilitate communi, non ex scriptione, quae in litteris est, interpretari. Ea enim virtute et sapientia maiores nostri fuerunt, ut in legibus scribendis nihil sibi aliud nisi salutem atque utilitatem rei publicae proponerent. Neque enim ipsi, quod obesset, scribere volebant; et si scripsissent, cum esset intellectum, repudiatum iri legem intelligebant. Nemo enim leges legum causa salvas esse vult, sed rei publicae, quod ex legibus omnes rem publicam optime putant administrari. Quam ob rem igitur leges servari oportet, ad eam causam scripta omnia interpretari convenit: hoc est, quoniam rei publicae servimus, rei publicae commodo atque utilitate leges interpretemur. — Ergo in hoc quoque iudicio desinite litteras legis perscrutari et legem — ex utilitate rei publicae considerate; II, 48, 141: leges nobis caras esse non propter litteras, quae tenues et obscurae notae sint voluntatis, sed propter earum rerum, quibus de scriptum est, utilitatem et eorum, qui scripserint, sapientiam et diligentiam; vgl. § 143.

c. Das Princip der voluntas wird bei Abfaſſung von leges vorausgeſetzt, ſo daß das Selbſtverſtändliche nicht in Worten ausgedrückt, ſondern mit Stillſchweigen übergangen wird:

Auct. ad Her. II, 10, 14: laudabimus (sc. oratores) scriptoris commoditatem atque brevitatem, quod tantum scripserit, quod necesse fuerit, illud, quod sine scripto intellegi potuerit, non necessario scribendum putarit;

Cic. Part. Or. 39, 136: quod — nihil exceperit (sc. scriptor) in lege, laudabit (sc. orator), ne deverticula peccatis darentur atque ut ex facto cuiusque iudex legis mentem interpretaretur; de Inv. II, 47, 140: non omnia scriptis, sed quaedam, quae perspicua sint, tacitis exceptionibus caveri.

d. Der Richter iſt nicht zur Recitation der Geſetzesworte und zu deren Anwendung, ſondern zur Apperception des Geſetzeswillen und zu deſſen Anwendung berufen:

Cic. de Inv. II, 47, 139: legis scriptorem certo ex ordine iudices certa aetate praeditos constituisse, ut essent, non qui scriptum suum recitarent, quod quivis puer facere posset, sed qui cogitatione assequi possent et voluntatem interpretari; deinde illum scriptorem, si scripta sua stultis hominibus et barbaris iudicibus committeret, omnia summa diligentia perscripturum fuisse; nunc vero, quod intelligeret, quales viri res iudicaturi essent, idcirco eum, quae perspicua videret esse, non adscripsisse; neque enim vos (sc. iudices) scripti sui recitatores, sed voluntatis interpretes fore putavit.

e. Die interpretatio ex verbo enthält eine calumnia:

Auct. ad Her. II, 10, 14: dicemus calumniatoris esse officium verba et litteras sequi, neglegere voluntatem;

Cic. Part. Or. 39, 137: genus eius modi calliditatis et calumniae (sc. quo quis verbo se defendit) retrahetur in odium iudicis cum quadam invidiosa querela [162]).

Und ſodann als Utilitätsgründe werden anempfohlen:

---

162) Vgl. Cic. p. Caec. 23, 65: scriptum sequi calumniatoris esse (S. R. 444); de Off. I, 10, 33: existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida, sed malitiosa iuris interpretatione; Pseudo-Quint. Decl. 264: solum — ius excipiunt et circa legem calumniantur; 308: habet sine dubio, si verba tantum ipsa intueri velimus, hoc ius occasionem brevem calumniae; Paul. 4 Epit. Alf. (D. X, 4, 19): non oportere in civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire.

1. Es iſt ein Ding der Unmöglichkeit, den Ideenverkehr des bürgerlichen Lebens auf das Wort an und für ſich allein zu ſtützen:

Cic. de Inv. II, 47, 140: ne in sermone quidem quotidiano atque imperiis domesticis recte posse administrari, si unusquisque velit verba spectare et non ad voluntatem eius, qui ea verba habuerit, accedere; und p. Caec. 18, 51.

Pseudo-Quint. Decl. 331: multa — invenientur frequenter, quae legum verbis non teneantur, sed ipsa vi ac potestate teneantur.

2. Das Princip der voluntas entſpricht der vulgären aequitas oder Billigkeit d. i. dem nationalen Rechtsbewußtſein:

Cic. de Inv. II, 48, 143: quam indignum sit aequitatem litteris urgeri, quae voluntate eius, qui scripserit, defendatur; vgl. p. Caec. 27, 77.

Dazu tritt

3. das Argument, deſſen ſich Crassus in der causa Curiana (Thl. I, § 10) und Cicero in dem Proceſſe des Caecina (Thl. I, 54) bediente: die Nichtbeachtung der voluntas involvire eine captio (ſ. A. 392):

Cic. Brut. 53, 198: quanta esset in verbis captio cum in ceteris rebus, tum in testamentis, si negligerentur voluntates; p. Caec. 14, 40.

Beiſpiele juriſtiſcher Entſcheidungen nach der voluntas im Falle des scriptum et voluntas bieten bezüglich der Geſetze:

Pomp. bei Ulp. 3 ad Ed. (D. II, 1, 7. § 2): si dum proponitur (sc. album) vel ante propositionem quis corruperit, edicti quidem verba cessabunt, Pomp. autem ait sententiam edicti porrigendam esse ad haec;

Gai. III, 75: incredibile videbatur — — voluisse legislatorem etc. § 76: nec me praeterit, non satis in ea re legislatorem voluntatem suam verbis expressisse, wozu vgl. Thl. II, A. 855;

Pap. bei Marc. ad S. C. Turpill. (D. XLVIII, 16, 1. § 13): non ex verbis, sed ex sententia SCti puniri;

Ulp. 13 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2. § 40): licet verba deficiant, sententiam constitutionis locum habere; 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 5): de eo autem loquitur senatus, qui etc.; puto tamen et ad eam mentem SCti pertinere;

Paul. ad S. C. Libon. (D. XLVIII, 10, 22. § 8): non verbis, sed sententia SCti tenetur; 3 ad Sab. (D. XXXVI, 1, 19. § 1): nec verba spectantur SCti, sed sententia;

Tryphon. 13 Disp. (D. XXVI, 6, 4. § 1. 2): incidit quidem in verba constitutionis, sed sententia excusatur. — Incidet in sententiam constitutionis; 19 Disp. (D. XXXVII, 4, 20. § 1): quamvis edicti verbis collatio inducatur, ex mente praetoris denegandam eam respondetur;

Marcian. 1 de Publ. iud. (D. XLVIII, 5, 33. § 1): ex sententia legis tenetur, quamvis verbis non continetur;

Modest. 4 Excus. (D. XXVII, 1, 13. § 2): *εἰ καὶ μάλιστα τὸ ῥητὸν τοῦ νόμου ταύτην ἀποτελεῖ τὴν διάνοιαν, ὅμως γνώμη τοῦ νομοθέτου ἄλλο βούλεται.*

Anton. Pius bei Callistr. 1 Quaest. (D. XLVIII, 10, 15. § 3): sententiam magis sequendam esse huius SCti, quam scripturam.

Vgl. auch Schilling, Inſt. § 20. q. r., woſelbſt weitere Beiſpiele geboten ſind.

Und ſodann in Bezug auf Rechtsgeſchäfte:

Trebat. bei Procul. 2 Epist. (D. XXXIII, 6, 15): vinum cum vasis legavit; negat Trebatius, quod in doliis sit, deberi, et sensum testatoris alium putat esse (sc. solum vinum in amphoris et cadis legare voluisse), verborum alium;

Trebat. und Labeo nach Proc. 3 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 6, 16. pr.): qui vinum Surrentinum in urnalibus habebat diffusum, is tibi vinum legaverat in amphoris. Omne illud quoque vinum, quod in urnalibus fuisset, legatum esse Labeo et Trebatius responderunt;

Lab. bei Paul. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 20. § 1); Javol. 3 ex Post. Lab. (D. XXXIV, 5, 28) ſ. in § 27 unter 3; Cels. bei Marc. 3 Reg. (D. XXVIII, 5, 51. § 1).

Cels. und Jul. 29 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. pr.): si ita scriptum sit: „Si filius mihi natus fuerit, ex besse heres esto, ex reliqua parte uxor mea heres esto. Si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto, ex reliqua parte uxor heres esto", et filius et filia nati essent, dicendum est, assem distribuendum esse in septem partes, ut ex his filius IV, uxor II, filia I partem habeat. Ita enim secundum voluntatem testantis filius altero tanto amplius habebit, quam uxor, item uxor altero tanto amplius, quam filia. — Ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est; quod etiam Iuventio Celso apertissime placuit; wozu vgl. § 9 a. E.

Jul. de Ambig. (D. XXXIV, 5, 13. § 6); 69 Dig. (D. XXXV, 1, 25);

Marcell. 11 Dig. (D. XXXIV, 5, 24): cum in testamento — — perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est; vgl. 6 Dig. in A. 629;

Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 2. 4): posse defendi — ex semisse heredem fore — —, si ipse testator minus scribat (puta quandrantem), quum plus vellet adscribere (puta semissem). Sed et si quis pro C ducenta per notam scripsisset, idem iuris est (sc. ex C heres est): nam et ibi utrumque scriptum est: et quod voluit et quod adiectum est[163]); 20. 39 ad Sab. (D. XXXV, 1, 9. XXVI, 2, 16. § 3. 4);

Modest. 10 Resp. (D. XL, 4, 44); Callistr. 2 Quaest. (D. XXXV, 1, 82).

Im Uebrigen prägt ſich das Princip der voluntas bei scriptum et voluntas auch in der Weiſe in den Quellen aus, daß die Entſcheidung nach ſprachlichen Momenten gegeben und dann der Nachweis der entgegenſtehenden voluntas des Redenden nach-

163) Uebereinſtimmende Sätze ſ. A. 182.

gelaſſen wird, ſo z. B. von Ulp. 3 Disp. (D. XII, 4, 6. pr.), worüber ſ. § 27 unter 1.

§ 22.

c. Interpretatio ex voluntate bei ratiocinatio.

Bei der ratiocinatio oder dergl. d. i. der ſei es realen, ſei es formalen Lückenhaftigkeit der Rede, (§ 7. Beil. XVII. § VII) erfordert das Princip der aequitas, daß die Lücke nach der Willensbeſtimmung des Redenden und zwar vornämlich durch das Mittel der Schlußfolgerung: ratiocinatio, collectio, syllogismus, und auf dem Wege der Analogie: similitudo ergänzt werde (ſ. Beil. XVII, § VII). Dieſes Poſtulat der aequitas ſpricht aus

Cic. de Inv. II, 50, 152: oportere coniectura ex eo, quod scriptum sit, ad id, quod non sit scriptum, pervenire; p. Caec. 21, 59: omnibus in causis idem valebit, in quibus perspicitur una eademque causa aequitatis; Top. 4, 23: quod in re pari valet, valeat in hac, quae par est; — — valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat; vgl. Boeth. in h. l., Quint. J. O. VII, 10, 1. in § 23.

Der Argumente, durch welche Cicero dieſes Poſtulat ſtützt, ſind drei:

a. das Selbſtverſtändliche wird nicht in Worten ausgedrückt, vielmehr übergangen:

Cic. de Inv. II, 50, 151: multis in legibus multa praeterita esse, quae idcirco praeterita nemo arbitretur, quod ex ceteris, de quibus scriptum sit, intelligi possint;

b. es wäre eine viel zu hoch geſteigerte Anforderung zu verlangen, daß Jeder alle einzelnen Momente ſeiner Willensbeſtimmung erſchöpfend in Worten verlautbare:

Cic. de Inv. II, 50, 152; neminem posse omnes res per scripturam amplecti, sed eum commodissime scribere, qui curet, ut quaedam ex quibusdam intelligantur;

c. es iſt ein Ding der Unmöglichkeit, die Normen des bürgerlichen Verkehres auf das Wort an und für ſich allein zu ſtützen:

Cic. p. Caec. 28, 81: nego ullam rem esse, quae aut comprehendi satis aut caveri aut excipi possit, si — praeterito aliquo verbo — — re et sententia cognita non id, quod intelligitur, sed id, quod dicitur, valebit.

Interpretationen nach jenem Poſtulate bei Fällen der ratiocinatio bieten bezüglich der Geſetze:

Trebat. Ofil. und Lab. bei Venul. 1 Interd. (D. XLIII, 23, 2): quamquam de reficienda cloaca, non etiam de nova facienda hoc interdicto comprehendatur, tamen aeque interdicendum Labeo ait, ne facienti cloacam vis fiat, quia eadem utilitas sit: praetorem enim sic interdixisse, ne vis fieret, quo minus cloacam in publico facere liceret. Idque Ofilio et Trebatio placuisse.

Sabin. bei Gai III, 218: ne „Plurimi" quidem verbum adiicitur (sc. in tertia parte legis Aquiliae); — — sed Sabino placuit perinde habendum ac si — hac parte „Plurimi" verbum adiectum esset: nam legislatorem contentum fuisse, quod prima parte (sc. legis) eo verbo usus esset, wozu vgl. Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 29. § 8);

Ped. bei Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. I, 3, 13): quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, — interpretatione — suppleri;

Jul. 15 Dig. (D. I, 3, 12): non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut SCtis comprehendi; sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, si qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita ius dicere debet; 94 Dig. (D. I, 3, 32. pr.): de quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, — — quod proximum et consequens ei (sc. rei) est;

Scaev. 6 Quaest. (D. XXVIII, 2, 29. § 5): ex sententia legis Velleiae et haec omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint;

Ulp. 6 ad Ed. (D. III, 2, 13. § 3): ex sententia edicti (ſ. D. III, 2, 1) punitur; 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 5): quamvis nihil senatus de eo loqui videtur, puto tamen et ad eum mentem SCti pertinere; 3 ad l. Jul. et Pap. (D. XXIII, 1, 16): oratio impp. Antonini et Commodi, quae quasdam nuptias in personam senatorum inhibuit, de sponsalibus nihil locuta est; recte tamen dicitur, etiam sponsalia in his casibus ipso iure nullius esse momenti, ut suppleatur, quod orationi deest;

Tertull. 1 Quaest. (D. I, 3, 27): antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt;

Marcian. 14 Inst. (D. XLVIII, 9, 3): sciendum est, lege Pompeia de consobrino comprehendi, sed non etiam eos pariter complecti, qui pari proprioreve gradu sunt. Sed et novercae et sponsae personae omissae sunt; sententia tamen legis continentur.

Vgl. Gai. 7. 11. ad Ed. prov. (D. IX, 2, 32. pr. XXIII, 5, 4), Ulp. 13 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2. § 29), Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 34. § 7).

Ingleichen bezüglich der Rechtsgeſchäfte

Alfen. Var. 2 Dig. a Paul. epit. (D. XXX, 1, 106): si in testamento scriptum esset: „Heres meus X milia sestertium (Tribon.: aureos C) Licinio damnas esto“, neque adscripsisset „Dare“, deberi legatum constat;

Lab. 4 Post. a Jav. epit. (D. XVIII, 1, 78. pr.) ſ. Bd. 630.

Cels. 37 Dig. (D. XXXI, 1, 30): quidam in testamento ita scripsit: „reipublicae Graviscanorum lego in tutelam viae reficiendae, quae est in colonia eorum usque ad viam Aureliam“. Quaesitum est, an hoc legatum valeat. Iuventius Celsus respondit: propemodum quidem imperfecta est haec scriptura „in tutelam Aureliae viae“, quia summa adscripta non est; potest tamen videri tanta summa legata, quanta ei rei sufficeret, si modo non apparet aliam

fuisse defuncti voluntatem aut ex magnitudine eius pecuniae aut ex mediocritate facultatum, quam testator reliquit: tunc enim officio iudicis secundum aestimationem patrimonii et legati quantitas definiri potest;

Marcell. 3 Dig. (D. XLV, 1, 94): triticum dare oportere stipulatus est aliquis. Facti quaestio est, non iuris. Igitur si de aliquo tritico cogitaverit, id est certi generis et certae quantitatis, id habebitur pro expresso [164]).

Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 1. § 5—7), der für gültig erklärt die Erbeinſetzungen: Lucius heres (om. esto), Lucius esto (om. heres) [165]), Lucius (om. heres esto) [166]), Lucium heredem esse (om. iubeo) [167]); 24 ad Sab. (D. XXX, 1, 50. § 3) ſ. in § 27 unter 3; 50 ad Sab. (D. XLV, 1, 41. pr.): eum, qui „kalendis Januariis“ stipulatur — — si — non addat, quibus Januariis, facti quaestionem inducere, quid forte senserit h. e. quid inter eos acti sit; utique enim

---

164) Marcell. fährt dann fort: alioquin si, quum destinare genus et modum vellet, non fecerit, nihil stipulatus videtur, igitur ne unum quidem modium. Somit: a. die ratiocinatio iſt zuläſſig bei einem Defecte der Willensäußerung allein: wenn die Lücke auf einem reinen Ueberſehen des Contrahenten beruhte und eine Willensbeſtimmung deſſelben hinter dem Defecte ſteht; b. die ratiocin. iſt unzuläſſig bei einem Defecte der Willensbeſtimmung: wenn die Lücke nicht bloß in der Willenserklärung, ſondern auch in der Willensbeſtimmung obwaltet (vgl. bei A. 197). Dieſe Entſcheidung ergiebt die unzweifelhafteſte Gebietsbeſtimmung der ratiocinatio bei Rechtsgeſchäften, welche auch innegehalten iſt z. B. von Ulp. 8 Disp. (D. XXVIII, 5, 36), 2 ad Sab. (D. eod. fr. 2. pr.); allein bei Geſetzen iſt die Praxis mit ihrer Analogie vielfach über jene Gränze hinausgegangen; vgl. Schilling, Inſt. § 21. — Die entgegengeſetzte Entſcheidung ad a ſ. bei A. 126.

165) In dieſem Sinne hatte ein Reſcript von Anton. Pius entſchieden nach Ulp. cit. (§ 5). Auf eine entgegengeſetzte Entſcheidung in dem Falle, daß die heredis institutio gänzlich fehlt, weiſt hin Ulp. 7 ad Sab. (ſ. § 10 a. E.), wo jedoch eine abweichende Anſicht des Pegasus indicirt iſt.

166) In dieſem Sinne hatte Anton. Pius entſchieden: Ulp. cit. (§ 6), Diocl. et Max. in C. Just. VI, 23, 7.

167) Ein weiteres Beiſp. ſ. Gordian. in C. Just. VI, 42, 10.

hoc sequimur, quod actum est, easque assumemus; 19 ad Ed. (D. X, 2, 20), wo die zur Collation ihrer dos verpflichtete Miterbin ſtipulirt hat: quod (sc. dotis) a marito recuperavero, pro partibus hereditariis solvam, nun aber ſelbſt in der Ehe vor geſchehener Theilung der Erbſchaft verſtirbt, ein Fall, wofür in jener Stipulation aus Unachtſamkeit gar nicht vorgeſehen war, und wo nun die Erben der Frau zur Collation von deren dos für verpflichtet erklärt werden, wenn gleich ſie ſelbſt dieſe dos von dem überlebenden Gatten gar nicht reſtituirt erhalten; 3 Disp. (D. XII, 4, 6. pr.);

Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 3, 41. § 1);

Val. 1 Fideicom. (D. XXXII, 1, 12): „Stichus liber esto; et ut eum heres artificium doceat, unde se tueri possit, peto.“ — — Praetor aut arbiter ex voluntate defuncti et aetate et condicione et natura ingenioque eius, cui relictum erit, statuet, quod potissimum artificium heres docere eum sumtibus suis debeat, wozu vgl. Pegas. in § 10; ebendaſ. (D. XXXIV, 1, 22. pr. f. in § 27 unter 3).

Auch hier finden wir das Princip in der Weiſe gewahrt, daß die Entſcheidung nach objectiven Geſichtspunkten gegeben, für den concreten Fall aber die etwa abweichende voluntas des Redenden gewahrt wird, wie z. B. bei Jul. und Ulp. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. pr. § 1), Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 17. § 2).

§ 23.

d. Interpretatio ex voluntate bei definitio.

Bei der definitio oder dergl., wo das gebrauchte Wort undeutlich iſt, indem der dadurch repräſentirte Begriff hinſichtlich der in ſeinem Inhalte oder Umfange enthaltenen Einzelheiten nicht abſolut beſtimmt iſt (§ 11), wird nach dem Principe der aequitas die obwaltende Undeutlichkeit nach Maaßgabe der Willensbeſtimmung des Redenden beſeitigt. Dieſen Principſatz ſprechen aus:

Quint. J. O. VII, 10, 1: et in finitione, quae sit voluntas nominis, quaeritur et in syllogismo, qui secundus a finitione status est, quia spectatur, quid voluerit scriptor;

Sulp. Vict. J. O. 39: loci huius status (i. e. finis): finis, contraria definitio, legislatoris voluntas, voluntatis coniectura, qualitas conclusiva. c. 40: tertius locus est ex voluntate legislatoris nec immerito: neque enim fere finitivus status non aliquam habet societatem cum legalibus. Et hic accusator enim dicit illam voluntatem fuisse legislatoris, ne etc. Reus vero contendit legislatorem hoc voluisse, ne etc.

Hermogen. de Stat. II, 153 Sp.: *ὁ ὅρος διαιρεῖται προβολῇ, ὅρῳ, ἀνθορισμῷ, συλλογισμῷ, γνώμῃ νομοθέτου κ. τ. λ.* p. 154: *ἡ γνώμη τοῦ νομοθέτου ὑπ' ἀμφοῖν πρὸς τὸ οἰκεῖον συμφέρον ἐξητασθήσεται·* und dazu Sopat. Schol. IV, 483 W.: *καὶ ὁ νόμος καὶ ἡ γνώμη τοῦ νομοθέτου τοῦτο βούλεται,* und p. 508 fg.; Sopat. V, 154 fg., namentlich p. 155: *ἐπειδὴ οὖν ὁ νόμος ἄτεχνός ἐστι, πίστιν ἐπήγαγε τὴν τοῦ νομοθέτου γνώμην, καὶ γὰρ μάλιστα οἱ δικασταὶ τοῖς νόμοις προσέχουσι·* Maxim. Plan. V: 305 fg.

Ped. bei Paul. 2 ad Vitell. (D. XXXIII, 7, 18. § 3): optimun esse non propriam verborum significationem (vgl. A. 118) scrutari, sed quid testator demonstrare voluit.

Bemerkenswerthe Quellenbelege, in denen zugleich der Gegensatz vom Principe des rigor in § 11 sich ausprägt oder nachklingt, bieten:

Javol. 2 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40. § 3): dominus servo hs. D (Tribon.: aureos V) sic legaverat: „Heres meus Sticho servo meo, quem testamento liberum esse iussi, hs. D, quos in tabulis debeo, dato."

Nihil servo legatum esse Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset.

Ego puto secundum mentem testatoris naturale magis, quam civile debitum spectandum esse.

Javol. 7 Epist. (D. L, 16, 116): „Quisquis mihi alius filius filiive heres sit.“ Labeo: non videri filiam contineri; Proculus: contra.

Mihi Labeo videtur verborum figuram sequi; Proculus mentem testantis; non dubito, quin Labeonis sententia vera non sit.

Marcell. Resp. (D. XXXII, 1, 69. § 1): Titius codicillis suis ita cavit: „P. Maevio omnes iuvenes, quos in ministerio habeo, dari volo;“ — — quos verbis, quae proponerentur, demonstrare voluerit testator, ad notionem eius, qui de ea re cogniturus esset, pertinere; non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, quum plerumque abusive loquantur nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur.

Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. L, 16, 122): Servius ait, si ita scriptum sit: „Filio filiisque meis hosce tutores do“ masculis dumtaxat tutores datos, quoniam singulari casu hoc „Filio“ ad pluralem videtur transiisse, continentem eundem sexum, quem singularis prior positus habuisset.

Sed hoc facti, non iuris habet quaestionem; potest enim fieri, ut singulari casu de filio senserit, deinde plenius omnibus liberis prospexisse in tutore dando voluerit.

Pomp. 9 ad Qu. Muc. (D. XXXIV, 2, 34. § 1): scribit Qu. Mucius, si maritus uxori, quum haberet V pondo auri, legasset ita, aurum, quodcunque uxoris causa paratum esset, uti heres uxori daret, etiamsi libra auri inde venisset, et mortis tempore amplius quam IV librae non deprehenderentur, in totis V libris heredem esse obligatum, quoniam articulus „Est“ praesentis temporis demonstrationem in se continet.

Quod ipsum, quantum ad ipsam iuris obligationem pertineat, recte dicetur id est, ut ipso iure heres

sit obligatus. Verum sciendum, si in hoc alienaverit testator inde libram, quod deminuere vellet ex legato uxoris suae, tunc mutata voluntas defuncti locum faciet doli mali exceptioni; — — sed si ex necessitate aliqua compulsus testator, non, quod vellet deminuere ex legato, tunc mulieri ipso iure V librae auri debebuntur nec doli mali exceptio nocebit adversus petentem.

Ulp. 17 ad Sab. (D. VII, 8, 12. § 2): Si pecoris — usus relictus sit, puta gregis ovilis, ad stercorandum usurum dumtaxat Labeo ait, sed neque lana, neque agnis, neque lacte usurum; haec enim magis in fructu esse.

Hoc amplius etiam modico lacte usurum puto; neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum.

Anderweite Beiſpiele bieten:

Alfen. Var. bei Paul. 4 Epit. Alf. Dig. (D. XVIII, 1, 40. § 3): fundi venditor frumenta manu sata receperat; in eo fundo ex stipula seges erat enata; quaesitum est, an pacto contineretur? Respondit maxime referre, quid esset actum; ceterum secundum verba non esse actum, quod ex stipula nasceretur; ſowie daſ. (D. cit. § 1);

Serv. bei Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2), der bezüglich des Zweifels, ob ein Stück Hausrath dem Begriffe von supellex oder von argentum oder von vestis ſich unterordne, bemerkt: sententiam eius, qui legaverit, adspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre (ſ. § 28 unter c);

Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XXXIV, 2, 33): inter vestem virilem et vestimenta virilia nihil interest, sed difficultatem facit mens legantis, si et ipse solitus fuerit uti quadam veste, quae etiam mulieribus conveniens est. Itaque ante omnia dicendum est eam legatam esse, de qua senserit testator, non quae re vera aut muliebris aut virilis sit.

Im Uebrigen prägt ſich das Princip der aequitas im Falle der definitio in der doppelten Weiſe in den Quellen aus, daß

a. die Definition ohne Weiteres nach der voluntas des Redenden gegeben wird, ſo von Alfen. Var. 7 Dig. (D. XL, 1, 7), Lab. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 2, 41), Proc. 8 Epist. (D. XXXI, 1, 46), Cels. bei Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXIII, 6, 3. § 1), Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XLV, 1, 110. § 1) ſ. A. 184, Scaev. 3 Resp. (D. XXXIII, 7, 20. § 3), Pap. 7 Resp. (D. XXXIV, 5, 1), Marc. 2 Fideic. (D. XXXII, 1, 95), Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXII, 1, 50), 4 Disp. (D. XXVIII, 5, 35. § 3), Paul. 4 ad Sab. (D. XXXIII, 10, 3. § 5), Anton. Pius bei Scaev. 4 Resp. (D. XXXIV, 1, 13. § 1);

b. oder daß die Definition zuerſt nach objectiv ſprachlichen Geſetzen gegeben, dann aber ausdrücklich vorbehalten und gewahrt wird, daß die Willensbeſtimmung des Redenden auch wirklich jener Definition entſpreche, ſo durch den Zuſatz: nisi alia mens fuit scribentis oder ähnlich (vgl. § 27 unter 1), ſo von Cass. bei Paul. 9 ad Plaut. (D. XXXIV, 2, 8), Proc. bei Ulp. 22 ad Sab. (D. XXXIII, 9, 3. § 2), Scaev. 3 Resp. (D. XXXIII, 7, 20. § 2), Ulp. 6. 18. 20. 22. 23. 44 ad Sab. (D. XXVIII, 7, 2. pr. VII, 1, 15. § 6. XXXII, 1, 73. § 3. XXXIII, 9, 3. § 3. XXXIII, 6, 9. pr. § 2. XXXIV, 2, 25. § 11), 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 17. § 2), Modest. 9 Resp. (D. XXXIII, 10, 8).

Und ſolche Vorausſetzung, wenn auch unausgeſprochen, liegt auch da zu Grunde, wo die Juriſten der mittleren oder ſpäteren Kaiſerzeit abſtract gehaltene Definitionen geben, während da, wo die Definition eine concrete Beziehung hat, dieſelbe als nach Maaßgabe der Willensbeſtimmung des Redenden gegeben anzuſehen iſt, wie z. B. bei

Ulp. 1 ad Ed. (D. L, 16, 1): verbum hoc: „Si quis“ tam masculos, quam feminas complectitur; und ähnlich 3 ad Ed. (D. II, 1, 7. § 1), 29 ad Ed. (D. XV, 1, 1. § 3)[165]; ferner Scaev. 15 Dig. (D. XXXII, 1,

---

165) Anders dagegen in Ulp. 29 ad Ed. (D. XIV, 6, 9. § 3), wo gegenüber dem Edict in Dig. XIV, 6, 1. pr. ratiocinatio vorliegt. — Entgegengeſetzte Definitionen ſ. A. 120. 121.

33. pr.), Paul. zu Lab. 1 Pithan. (D. XXXII, 1, 31) u. a. m.

Einer beſonderen Beſchränkung wird jedoch das Princip der aequitas in ſeiner Anwendung bei der definitio inſofern unterworfen, als dieſe unſtatthaft erklärt wird in dem Falle, wo ein Wort in einer Bedeutung verwendet wird, die in Widerſpruch ſteht mit der durch die Nationalanſchauung gegebenen, abſoluten Beſtimmung des begrifflichen Umfangs ſolchen Wortes, worauf in § 28 unter c näher zurückzukommen iſt.

§ 24.

e. Interpretatio ex voluntate bei ambiguitas.

Bei der ambiguitas im engeren Sinne oder dergl. iſt das Wort mehrdeutig und vertritt mehr als Einen Begriff (§ 12), daher hier nun das Princip der aequitas erfordert, daß diejenige Wortbedeutung maaßgebend ſei, welche der Willensbeſtimmung des Redenden entſpricht:

Auct. ad Her. IV, 53, 67: ambiguum: quom verbum potest in duas plurisve sententias accipi; set accipitur in eam partem, quam volt is, qui dixit;

Cic. de Inv. II, 40, 116: ex ambiguo — nascitur controversia, cum quid senserit scriptor obscurum est; § 117: qua in sententia scriptor fuerit, — — sumi oportebit; facile, quid verisimile sit eum voluisse, qui scripsit — — considerabitur;

Rhetoren bei Quint. J. O. III, 6, 43: ambiguitatem — — coniectura explicari necesse est, quia, cum sit manifestum verborum intellectum esse duplicem, de sola quaeritur voluntate;

Quint. VII, 9, 15: amphiboliae — omnis erit in his quaestio: — — utrum is, qui scripsit ac dixit, voluerit;

Vgl. Fortunat. Ars rhet. II, 11: ambiguitas — dividitur voluntate; Jul. Vict. Ars rhet. IV, 10: quid credibile sit voluisse latorem cernitur.

Dieſes Princip der aequitas wird namentlich in Cic. p. Caec. vielſeitig ventilirt (ſ. § 12) und hier nun durch folgende Argumente geſtützt:

a. Das Object der richterlichen Entſcheidung ſind nicht Worte an ſich, als vielmehr Thatbeſtände, die in Worten ausgedrückt ſind, daher nicht nach Maaßgabe von Jenen, als vielmehr von Dieſen die Wortbedeutung ſich beſtimmt:

Cic. p. Caec. 22, 63: in his causis non verba veniunt in iudicium, sed ea res, cuius causa verba haec in interdictum coniecta sunt;

b. Der Werth und die Bedeutung der Geſetze für den Verkehr beruht nicht auf ihren Worten, ſondern auf ihrem Berufe, dem gemeinen Wohle zu dienen, daher nicht jene, ſondern dieſer die Wortbedeutung beſtimmt:

Cic. p. Caec. 18, 50: cum voluntas et consilium et sententia interdicti intelligatur, impudentiam summam aut stultitiam singularem putabimus in verborum errore versari, rem et causam et utilitatem communem non relinquere solum, sed etiam prodere; vgl. 13, 37—39[169];

c. es iſt ein Ding der Unmöglichkeit, die Normen des bürgerlichen Verkehres auf das Wort an und für ſich allein zu ſtützen:

Cic. p. Caec. 18, 51: an hoc dubium est, quin neque verborum tanta copia sit non modo in nostra lingua, quae dicitur esse inops, sed ne in alia quidem ulla, res ut omnes suis certis ac propriis vocabulis nominentur, neque vero quidquam opus sint verbis, cum ea res, cuius causa verba quaesita sint, intelligatur? Quae lex, quod SCtum, quod magistratus edictum, quod foedus aut pactio, quod, ut ad privatas res redeam, testamentum, quae iudicia aut stipulationes aut pacti et conventi formula non infirmari ac convelli potest, si ad verba rem deflectere velimus, consilium autem eorum, qui scripserunt, et rationem et auctoritatem relinquamus? § 52: sermo hercule et familiaris et quotidianus non cohaerebit, si verba inter nos aucupabimur; denique imperium domesticum nullum

169) S. Thl. I S. 54 unter b. Beil. XVII § VI unter d.

erit, si servulis hoc nostris concesserimus, ut ad verba nobis obediant, non ad id, quod ex verbis intelligi possit, obtemperent. — — Non occurrit unicuique vestrum — exemplum, quod testimonio sit non ex verbis aptum pendere ius, sed verba servire hominum consiliis et auctoritatibus? 28, 81: nego ullam rem esse, quae aut comprehendi satis aut caveri aut excipi possit, si — verbo — ambigue posito re et sententia cognita non id, quod intelligitur, sed id, quod dicitur, valebit;

d. Das Princip der voluntas entſpricht der vulgären aequitas oder Billigkeit d. i. dem nationalen Rechtsbewußtſein, wie der utilitas:

Cic. p. Caec. 28, 81: id verum, id aequum, id utile omnibus esse spectari, quo consilio et qua sententia, non quibus quidque verbis esset actum.

Eine Anerkennung dieſes Principes der aequitas iſt im Allgemeinen ausgeſprochen von

Procul. 5 Epist. (D. L, 16, 125): existimo ad id, quod actum est, interpretationem redigendam esse: nam qui ambigue loquitur, id loquitur, quod ex his, quae significantur, sensit;

Maecian. 12 Fideic. (D. L, 17, 96); in ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est eius, qui eas protulisset;

Paul. 14 Quaest. (D. XXXIV. 5, 3): in ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat, quod volumus [170]);

---

170) Vgl. auch Diodor. Cronus bei Gell. XI, 12: nullum verbum est ambiguum nec quisquam ambiguum dicit aut sentit nec aliud dici videri debet, quam quod se dicere sentit is, qui dicit. At quum ego aliud sensi, tu aliud recepisti, obscure magis dictum videri potest, quam ambigue: ambigui enim verbi natura illa esse debuit, ut qui id diceret, duo plurave diceret. Nemo autem duo vel plura dicit, qui se sentit unum dicere. In dieſem Sophisma iſt wahr die Theſe: nemo ambiguum sentit, falſch die Theſe: nullum verbum est ambiguum; endlich die Theſe: nemo ambiguum dicit iſt wahr, inſofern das Wort Ausdruck deſſen iſt, quod quis sentit, falſch aber inſofern, als das, quod quis sentit, durch ein verbum ambiguum ausgedrückt wird.

ſowie im Beſonderen von

Lab. 2 Post. a Javol. epit. (D. XXXII, 1, 29. § 4): „Si Stichus et Dama servi mei in potestate mea erunt, quum moriar, tum Stichus et Dama liberi sunto et fundum illum sibi habento.“ Si alterum ex his post testamentum factum dominus alienasset vel manumisisset, neutrum liberum futurum Labeo putat.

Sed Tubero eum, qui remansisset in potestate, liberum futurum et legatum habiturum putat. Tuberonis sententiam voluntati defuncti magis puto convenire;

und übereinſtimmend Marc. 6 Just. (D. XXXV, 1, 33. § 4);

Pomp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 29): Labeo scribit, si ita scriptum sit: „Titius et Seius, quanta quisque eorum ex parte heredem me habuerit scriptum, heres mihi esto“, nisi omnes habeant scriptum heredem testatorem, neutrum heredem esse posse, quoniam ad omnium factum sermo referatur.

In quo puto testatoris mentem respiciendum. Sed humanius est eum quidem, qui testatorem suum heredem scripserit, in tantam partem ei heredem fore, qui autem eum non scripserit, nec ad hereditatem eius admitti;

Marcell. 11 Dig. (D. XXXIV, 5, 24): cum in testamento ambigue — scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est;

Paul. 6 Quaest. (fr. Vat. 227. D. XXVI, 2, 30): Apollinaris Paulo. Duo sunt Titi: pater et filius; datus est tutor Titius nec apparet, de quo sensit testator; quaero quid sit iuris? Respondit: is datus est, quem dare se testator sensit. Si id non atparet, non ius deficit, sed probatio; ergo neuter est tutor.

Hoc recriptum est in Sticho manumisso, si duo sint Stichi et incertum, de quo testator senserit vel si Erotem legaverit, qui plures eodem nomine habuit servos;

und übereinſtimmend: 14 ad Plaut. (D. XXXIV, 5, 21), Marcian. 6 Inst. (D. XXXV, 1, 33. § 1), Modest. 2 Pand. (D. XXVIII, 5, 62. § 1).

Im Uebrigen prägt ſich das Princip der aequitas in der doppelten Modalität aus, wie in § 23, indem

a. theils die Entſcheidung ohne Weiteres nach der voluntas des Redenden gegeben wird, und ſo von Trebat. und Labeo bei Javol. 2 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40. § 5), Sabin. bei Papin. 2 Quaest. (D. XLV, 1, 115. § 2), Procul. 5 Epist. (D. L, 16, 125), Scaev. 20 Dig. (D. XXXII, 1, 39. pr.), Maecian. bei Ulp. 4 Fideic. (D. XXXVI, 1, 16. pr.), Papin. 8 Resp. (D. XXXI, 1, 77. § 15);

b. theils die Entſcheidung nach objectiv ſprachlichen Geſetzen gegeben, dabei aber die Vorausſetzung beſonders ausgeſprochen wird, daß die Willensbeſtimmung des Redenden damit übereinſtimme oder davon nicht abweiche, (ſ. § 27 unter 1), ſo von Scaev. 5 Resp. (D. XXXV, 2, 25. § 1. XLV, 1, 135. pr.), Papin. 16, 18 Quaest. (D. XXXIV, 9, 12. XXX, 1, 90. pr.), Ulp. 22. 23. 24. 25 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. pr. § 1. L, 17, 17. XXX, 1, 49. § 3. XXXIV, 3, 5. § 3. XXXIII, 9, 1. XXXIII, 8, 6. § 3), 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 12), 4 Disp. (D. XXVIII, 6, 24).

Und ſolche Vorausſetzung liegt auch zu Grunde, wo die ambiguitas ohne ausdrückliche Bezugnahme auf den Redenden von den ſpäteren Juriſten entſchieden wird, ſo von Jul. de Ambiguit. (D. XXXIV, 5, 13. § 1.), Ulp. 38 ad Ed. (D. XLVI, 3, 29), Paul. de Instrum. Sign. (D. XXXII, 1, 99. pr.), Marc. 6 Inst. (D. XXXV, 1, 33. § 4).

§ 25.

f. Interpretatio ex voluntate bei contrariae leges.

Die contrariae leges oder dergl. als derjenige Interpretationsfall, wo zwei oder mehrere zuſammengehörige Worte in einem zweifelhaften Verhältniſſe des Widerſpruches ſtehen, ergeben für die Interpretation die Aufgabe, ſolchen Zweifel zu beſeitigen und entweder den Widerſpruch als einen nur ſcheinbaren und unbeabſichtigten und damit das Nebeneinanderbeſtehen des ſcheinbar Widerſprechenden darzulegen, oder aber den

Widerſpruch als einen wirklichen und beabſichtigten zu begründen, aus welchem daher entweder die Prävalenz der einen Satzung vor der anderen oder die Aufhebung der einen durch die andere oder endlich die wechſelſeitige Aufhebung beider Satzungen durch einander ſich ergiebt (vgl. Beil. XVII. A. 66). Das Princip der aequitas greift nun hierbei auf die Willensbeſtimmung des Redenden zurück und beſeitigt ſomit den über die Beſchaffenheit des Widerſpruches obwaltenden Zweifel durch den Nachweis eines beabſichtigten oder aber nicht beabſichtigten Widerſpruches der Willensbeſtimmung. Und in dieſem Sinne wird nun auch auf die voluntas verwieſen von

Anct. ad Her. II, 10, 15: contrariae legis enodabimus voluntatem et eam trahemus ad nostrae causae commodum;

Cic. de Inv. II, 49, 147: oportet (sc. oratorem) — — suae legis ad scriptum ipsam sententiam adiungere, contrariam legem item ad aliam sententiam traducere, ut, si fieri poterit, ne discrepare quidem videantur inter se.

Im Einzelnen tritt dieſes Princip der aequitas hervor bei

Labeo in Paul. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 20. § 1): si iam mortuo quadrans, alii dodrans datus sit et alius sine parte scriptus sit, — — eum, qui sine parte heres institutus sit, alterum assem habiturum et hanc mentem esse testantis;

Cels. 17 Dig. (D. L, 17, 188. pr.);

Afric. 5 Quaest. (D. XXXV, 2, 88. pr. § 1): qui CCCC habeat, CCC legavit, deinde fundum tibi dignum C — sub hac condicione legavit, si legi Falcidiae in testamento suo locus non esset. Quaeritur, quid iuris est? Dixi *τῶν ἀπόρων* hanc quaestionem esse, qui tractatus apud dialecticos *τοῦ ψευδομένου* dicitur: etenim quidquid constituerimus verum esse, falsum reperietur; namque si legatum tibi datum valere dicamus, legi Falcidiae locus erit ideoque deficiente condicione non debebitur; rursus si, quia condicio deficiat, legatum valiturum non sit, legi Falcidiae locus non erit; porro si legi locus non sit, existente condicione legatum tibi debebitur.

Quum autem voluntatem testatoris eam fuisse appareat, ut propter tuum legatum ceterorum legata minui nollet, magis est ut statuere debeamus, tui legati condicionem defecisse.

Quid ergo dicemus, si CC legavit et tibi similiter sub eadem condicione CC legata esse proponantur? Nam aut extitisse aut defecisse legati tui condicionem, ut aut totum aut nihil tibi debeatur, et iniquum et contra voluntatem testatoris existimabitur; rursus partem deberi rationi non congruit, quando necesse est totius legati condicionem vel extitisse vel defecisse. Ergo per exceptionem doli mali tota ea res temperanda erit;

Justinian. in Cod. VI, 37, 23. pr.: si quis cuidam agrum Cornelianum puta vel alium quempiam in solidum legaverit, deinde alii partem eius dimidiam, — quum — manifestissimum est, eum, qui ab initio duodecim uncias rei cuidam reliquit, alii autem postea sex, recessisse quidem a priore voluntate, voluisse autem minui eam sex unciis, quum alii eas obtulit, et praesens casus exitum apertissimum inveniet. Si quis itaque vel agrum vel hereditatem reliquerit primo quidem in totum, secundo autem in partem dimidiam, utrumque in sex uncias esse vel dominum rei legatae vel heredem. — — Et sic in omnibus statuendum est id est in hereditatibus vel fideicommissis; vestigia enim voluntatis testatoris non aliter, nisi per huiusmodi viam aestimanda sunt.

§ 26.

g. Relevanz des die Willenserklärung beeinflussenden error, dolus und vis.

Dafern jene Mangelhaftigkeit der Willenserklärung, welche die Interpretationsfälle in § 21—25 begründete, auf einem error des Redenden oder der Beeinflussung mittelst dolus oder vis eines Dritten beruht, so unterstellen die Quellen solche Vorkommnisse einer besonderen Betrachtung. Die hierdurch ge-

gebene beſondere Qualification jener Interpretationsfälle hat indeß lediglich vom Standpunkte des Proceßrechtes aus eine gewiſſe innere Berechtigung, inſofern der dolus ein eigenes Rechtsmittel begründet, welches die wirkliche Willensbeſtimmung gegenüber der mangelhaften Willenserklärung zur Geltung bringt; dagegen vom Standpunkte des Civilrechts aus hat jene Unterſcheidung durchaus keinen ſyſtematiſchen Werth; denn weder error, noch dolus oder vis modificiren oder beſeitigen den allgemeinen principiellen Satz, daß die mangelhafte Willenserklärung nach Maaßgabe der wirklichen Willensbeſtimmung des Redenden rectificirt wird. Daher iſt vom ſyſtematiſchen Standpunkte aus der Satz correcter: die Mangelhaftigkeit der Willenserklärung iſt und bleibt auch dann als ſolche juriſtiſch relevant, wenn ſie durch error, dolus oder vis beeinflußt iſt (vgl. A. 464), als der Satz, daß error, dolus oder vis in ihrem Einfluſſe auf die Willenserklärung relevant ſind. Insbeſondere nun

A. die ſtillſchweigende Willenserklärung, welche durch error des Handelnden oder durch dolus oder vis eines Dritten beeinflußt iſt, iſt nichtig: denn da die Geltung des betreffenden Verhaltens des Handelnden als einer Willenserklärung deſſelben nur darauf beruht, daß aus dem Erſteren die Letztere gefolgert wird (§ 15), ſo fällt nun die Statthaftigkeit ſolcher Schlußfolgerung und damit zugleich die Annahme einer ſtillſchweigenden Willenserklärung ſelbſt hinweg, ſobald jenes Verhalten des Handelnden durch error, dolus oder vis beeinflußt war, ſomit alſo gar nicht die Bedeutung hatte, die bei der Folgerung einer ſtillſchweigenden Willenserklärung mit logiſcher Nothwendigkeit vorausgeſetzt werden muß. Dieſer Satz findet in den Quellen auch Anerkennung:

1. bezüglich der durch error beeinflußten Willenserklärung, indem z. B. die patientia gegenüber der Errichtung eines das Grundſtück des patiens mit Waſſergefahr bedrohenden Werkes keine ſtillſchweigende Geſtattung deſſelben iſt, wenn der patiens von der Errichtung des Werkes ſelbſt gar nichts weiß; oder die pro herede gestio ausgeſchloſſen wird durch die irrige Annahme des gerens, daß diejenigen Rechtsobjecte ſeine eigenen ſeien, auf welche das gerere ſich richtet; oder die ſtillſchweigende

Prorogation auf ein incompetentes Gericht ausgeſchloſſen wird durch die irrige Annahme ſeiner Competenz[171]).

2. Bezüglich der durch dolus beeinflußten Willenserklärung gelten gleiche Sätze, da der dolus ja in der Weiſe wirkt, daß er den dadurch Beeinflußten in einen error verſetzt; während

3. Bezüglich der durch vis beeinflußten ſtillſchweigenden Willenserklärung Gleiches bekundet wird in dem Falle, daß der Tutor zur Anweſenheit bei einem mit dem Pupillen abgeſchloſſenen Geſchäfte genöthigt wird, wo ſolcher praesentia der Werth einer ſtillſchweigend erklärten auctoritas abgeſprochen wird[172]).

B. Die verbale Willenserklärung, dafern in ſolcher die wirkliche Willensbeſtimmung durch error, dolus oder vis gefälſcht wird, wird berichtigt nach Maaßgabe dieſer wirklichen Willensbeſtimmung und in dieſer Emendation dann aufrecht erhalten. Dieſe Ordnung wird bekundet

1. bezüglich des error, welcher in dreifacher Form in der Willenserklärung ſich offenbaren kann[173]), nämlich einestheils als irrthümliche Auslaſſung von Worten oder Sätzen[174]); ſodann als irrthümliche Vertauſchung des richtigen mit dem falſchen Worte, ſei dies Vertauſchung der richtigen mit der falſchen Individual- oder Art-Benennung oder Prädicatsbe-

---

171) Pomp. 34 ad Sab. (D. XXXIX, 3, 20). — Ulp. 61 ad Ed. (D. XXIX, 2, 20. pr). — Ulp. 2 de Omn. Trib. (D. II, 1, 15), 3 ad Ed. (D. V, 1, 2. pr.). Vgl. hierüber und wegen anderer Beiſpiele Voigt im Archiv. f. civil. Praxis. 1870. Bd. 53. § 4 unter A. 1.

172) Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVI, 8, 1. § 1): tutor si invitus retentus sit per vim, non valet, quod agitur; neque enim praesentia corporis sufficit ad auctoritatem, ut si somno aut morbo comitiali occupatus tacuisset; ähnlich auch Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 1, 20. § 10): si detenti sint inviti ibi testes, putant non valere testamentum.

173) Vgl. hierüber Voigt a. O. § 3. 4.

174) So Marcell. bei Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 5): qui condicionem (sc. heredis institutioni) destinans inserere non addidit, pro non instituto putat, wozu vgl. Voigt a. O. A. 22. Dies ordnet ſich unter entweder dem scriptum et voluntas oder der ratiocinatio, vgl. z. B. Pap. 2 Quaest. (D. XLV, 1, 115. pr.) in § 28. Pomp. 27 ad Sab. (D. XXII, 1, 3) in § 15 unter a. Marcell. 3 Dig. (D. XLV, 1, 94) bei A. 164. — Wegen des Irrthums in der documentalen Bekundung der Willenserklärung ſ. Voigt a. O. § 4 unter E.

zeichnung: error in nomine, praenomine oder dergl., und error in vocabulo oder in syllaba genannt[174a]), ſei es Vertauſchung der richtigen Individual- oder Art-Benennung des betreffenden Denkobjectes mit einer falſchen Umſchreibung: falsa demonstratio; endlich als fehlerhafter Zuſatz zu jenem Denkobject, wodurch dem Letzteren ein Prädicat in Form der Umſchreibung beigefügt und zugleich ein Irrthum in der Willenserklärung begangen wird: ebenfalls falsa demonstratio genannt[174b]). Und dieſem Irrthum in der Willenserklärung ſind gleichgeſtellt zwei Fälle des Irrthums in der Willensbeſtimmung, nämlich zunächſt die falsa demonstratio, welche einem Denkobjecte eine irrige Qualitätsbeſtimmung beifügt, dabei aber lediglich die Bedeutung einer ſolches Object veranſchaulichenden Declaration hat; und ſodann die vera demonstratio, welche zu dem einen Irrthum in der Willensbeſtimmung enthaltenden Worte hinzutritt und diesfalls gleichermaaßen eine Declaration deſſelben bietet[174c]).

Hier allenthalben aber erfordert das Princip der aequitas die Prävalenz der wirklichen Willensbeſtimmung vor der falſchen Willenserklärung, ſomit die Ordnung: das Gewollte, nicht das

---

174a) So Serv. bei Pomp. 2 ad Sab. (D. V, 1, 80): si in iudicis nomine, praenomine erratum est, respondit, si ex conventione litigatorum is index addictus esset, eum esse iudicem, de quo litigatores sensissent; Jul. 24 Dig. (D. XXXVII, 11, 8. § 2), Scaev. 4 Resp. (D. XL, 4, 54. pr.), Gai. 2 de Leg. ad Ed. Praet. (D. XXXV, 1, 17. § 1) und das Weitere bei Voigt, a. O. § 4 unter A 2 b aa.

174b) So Alfen. Var. 5 Dig. (D. XXXV, 1, 27), Ped. 1 Stip. bei Paul. 28 ad Ed. (D. XII, 1, 6) u. a. m. S. Voigt a. O. § 3 unter A 1. B 1. § 4 unter A 2 b bb und c.

174c) So in erſterer Beziehung Trebat. Ofil. und Lab. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40. § 4), Sabin. bei Pap. 18 Quaest. (D. XXXV, 1, 72. § 8) u. a. m., in letzterer Beziehung Afric. 5 Quaest. (D. XXX, 1, 108. § 10), Scaev. 17 Dig. (D. XXXII, 1, 102. § 1), Gai. 1 ad Ed. Praet. (D. XXX, 1, 65 pr.) und dazu A. 197. Eine Ausnahme bildet auch das legatum debiti, wo, ausgehend von dem legatum pecuniae pro dote debitae, der Irrthum ganz verſchieden behandelt wird, indem derſelbe als irrelevant gilt und ſomit das Legat in der ausgeſprochenen Maaße gültig iſt: Serv. bei Lab. 2 Post. a. Jav. epit. (D. XXXIII, 4, 6. pr.). S. A. 656, Voigt, a. O. § 3 unter B 2 aa. § 4 unter B. C.; vgl. unten § 28 unter d bb.

Geſagte iſt rechtsverbindliches Element des Rechtsactes und hat ſomit maaßgebende Geltung, wogegen dem Geſagten an ſich der juriſtiſche Werth um deßwillen verſagt bleibt, weil ihm ein wirklicher Wille gar nicht unterliegt:

Paul. 14 Quaest. (D. XXXIV, 5, 3): qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.

Und dieſe Conſequenz prägt ſich auch aus in dem für die obigen Verhältniſſe maaßgebenden Rechtsſatze, daß die irrige Willenserklärung nach Maaßgabe der wirklichen reſp. der wahren Willensbeſtimmung berichtigt und in ſolcher Emendation aufrecht erhalten wird[175]), ein Satz, deſſen Geltung nur inſoweit einer ſingulären Beſchränkung unterliegt, als die Berichtigung der irrigen Willenserklärung da nicht zugelaſſen wird, wo der Redende Denkobjecte unter dem gebrauchten Worte mit einbegreift, welche die Nationalanſchauung davon unbedingt ausſchließt, worüber vgl. § 28 unter c.

2. Dafern der dolus Jemandes bewirkt, daß die wirkliche Willensbeſtimmung des Anderen in eine falſche Willenserklärung ſich kleidet, ſo treten dann, wenn durch ſolche falſche Willenserklärung der Redende zugleich geſchädigt wird, neben die in der Interpretations-Theorie gebotenen Rechtshülfen auch noch die Rechtsmittel wegen dolus oder reſp. die bon. fid. actio. Die Quellen beſtätigen dies durch folgende Beiſpiele:

a. der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung, dem Abkäufer die auf den verkauften Grundſtücken oblaſtenden Servituten anzugeben oder dafür zu haften, auch wenn der Verkäufer ſelbſt ſolche Servituten nicht kannte, ward derogirt entweder durch die Clauſel der Mancipation: servitutes, si quae debentur, debebuntur oder itinera, actus, quibus sunt utique sunt, ut ita sint, oder aber durch einen Vorbehalt bei Abſchluß der

175) Vgl. Voigt, a. O. § 4, ſowie noch Cic. p. Caec. 18, 51. in § 24 unter b und insbeſondere Paul. 4 ad Sab. (D. XXXIII, 10, 3. § 5): si in argento relatum sit candelabrum argenteum, argenti esse videtur et error ius facit, wo der Irrthum darauf beruht, daß in der römiſchen Kaiſerzeit das ſilberne Hausgeräth nicht dem argentum factum: dem Silberzeuge, ſondern der supellex: dem Hausrathe beigerechnet wird: ſ. A. 186a.

emtio venditio, ſo z. B. nulla quidem servitus debetur, verum ne emergat inopinata servitus, non teneor. Dafern nun der Verkäufer ſolche Reſervation ausſprach, wohl wiſſend, daß in der That das Grundſtück mit Servituten belaſtet war und ſomit inſofern den Abkäufer täuſchend, als er dieſen glauben machte, daß er von einer Belaſtung des Grundſtückes mit Servituten Nichts wiſſe, vielmehr lediglich aus geſchäftlicher Vorſicht ſolchen Vorbehalt ausſpreche, ſo wird nun durch ſolchen Dolus des venditor eine Disharmonie zwiſchen der Willensbeſtimmung und Willenserklärung herbeigeführt, welche für den emtor a. emti begründet:

Veteres bei Modest. 5 Resp. (D. XIX, 1, 39): qui sic exceperat (sc. in mancipatione): „Servitutes, si quae debentur, debebuntur," — — si certus venditor quibusdam personis certas servitutes debere non admonuisset emtorem, ex emto eum teneri debere, quando haec generalis exceptio non ad ea pertinere debeat, quae venditor novit quaeque specialiter excipere et potuit et debuit, sed ad ea, quae ignoravit et de quibus emtorem certiorare nequivit;

Scaev. 2 Quaest. (D. XXI, 2, 69. § 5): qui fundum mancipat (Trib.: tradit) et, quum sciat certam servitutem deberi, perfusorie dixerit: „Itinera, actus, quibus sunt utique sunt, ut ita sint" recte recipit et (ſo Hal.) evictionis quidem nomine se liberat, sed quia decipit emtorem, emti iudicio tenetur;

Ulp. 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1. § 1); Modestin. l. c.

b. Der Verkäufer hat die Verpflichtung, dem Abkäufer anzugeben, dafern innerhalb ſeiner Gränzen ein locus sacer, religiosus oder publicus enthalten iſt und haftet im Unterlaſſungsfalle mit a. emti. Um nun für den Fall ſich zu ſichern, daß eine Parzelle, deren diesfallſige Qualität als extra commercium dem Verkäufer unbekannt war, ſpäter als ſolche nachgewieſen wurde und daraus dem Verkäufer eine Haftverbindlichkeit erwüchſe, ſo ward der Mancipation öfter die Clauſel inſerirt: Si quid sacri aut religiosi aut publici est, eius nihil venit. Inſerirte nun der Verkäufer der Mancipation ſolche Clauſel, wohl wiſſend, daß eine Parzelle des verkauften

Grundstückes sacrum oder religiosum oder publicum war, den Abkäufer aber in die Meinung versetzend, es sei ihm, dem Verkäufer etwas Derartiges nicht bekannt, so wird nun gegen solche dolose Geschäftsformulirung dem Abkäufer die a. emti gegeben:

Modest. 5 Resp. (D. XIX, 1, 39): quaero, si quis ita fundum vendiderit, uti venundatum esse videatur, quod intra terminos ipse possedit, sciens tamen aliquam partem certam se non possidere, non certioraverit emtorem, an ex emto iudicio teneatur, quum haec generalis adiectio (sc. „Si quid sacri aut religiosi aut publici est, eius nihil venit" mancipationi facta) ad ea, quae specialiter novit, qui vendidit, nec excepit, pertinere non debeat, ne alioquin emtor capiatur, qui fortasse, si hoc cognovisset, vel emturus non esset vel minoris emturus esset, si certioratus de certo loco fuisset.

c. Der Verkäufer hat die Verpflichtung, dem Abkäufer die auf dem erkauften Grundstücke liegenden Steuern anzugeben; in dem öffentlichen Verkaufsanschlage giebt er der Wahrheit zuwider an, das Grundstück schulde nur Einem municipium ein vertigal, während es mehreren solche schuldet; das instrumentum venditionis wird dann dahin redigirt: si qua tributorum aut vectigalis indictionisve nomine aut ad viae collationem praestare oporteret, id emtorem dare, facere praestareque oportere. Wegen solcher dolosen Redaction des Kaufinstrumentes hat dann der Abkäufer die a. emti:

Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 6).

d. Gleiches gilt in dem Falle, wenn in der Mancipation des verkauften Sclaven zwar angegeben ward, derselbe sei statu liber, aber arglistig die condicio verschwiegen ward, auf welche die libertas des Letzteren gestellt ist:

Scaev. 2 Quaest. (D. XXI, 2, 69 § 5.)

3. Eine Einwirkung mittelst vis auf die Willenserklärung Jemandes ist bei mündlich abgeschlossenen Geschäften nicht möglich, ohne die Willensbestimmung des Gezwungenen in Mitleidenheit zu ziehen, da auf die Zunge allein des Redenden ein entsprechender Zwang sich nicht ausüben läßt. Daher kommt lediglich der Fall in Betracht, daß durch eine mittelst

Gewalt ermöglichte mechaniſche Führung der Hand Jemandes demſelben eine ſchriftliche Willenserklärung abgenöthigt und ſo eine der Willensbeſtimmung nicht entſprechende Aeußerung hergeſtellt wird. Dieſer Fall wird nun zwar in den Quellen nicht behandelt, allein die Ordnung unter 1 und 2 weiſt darauf hin, daß auch diesfalls die Willensbeſtimmung prävalire und ſomit ſolche Willenserklärung unwirkſam iſt.

§ 27.

Hülfsmittel der Interpretation nach dem Principe der aequitas.

Das Princip der aequitas, welches die Willensbeſtimmung zum rechtsverbindlichen Elemente des Rechtsactes erhebt und derſelben das Uebergewicht über die Willenserklärung im Differenzfalle beilegt, hat, wie in § 28 darzulegen iſt, in ſeiner Anwendung mannichfache Uebelſtände, insbeſondere aber den, daß dieſes Princip für den Lebensverkehr und die Rechtspflege in hohem Maaße unpraktiſch iſt: ſich ſtützend auf eine pſychiſche und ſomit rein innerliche und überſinnliche Action, wie dies die durch eine Willenserklärung nicht gedeckte Willensbeſtimmung iſt, überweiſt es dem Reſpondenten, wie dem Richter eine Aufgabe, deren correcte und vollkommen principgemäße Löſung durchgehends ſchwierig, in vielen Fällen dagegen geradezu unmöglich iſt, weil die Mittel zu ihrer Löſung im einzelnen Falle ſchlechthin fehlen (vgl. § 28): denn indem die kundgegebene Willenserklärung nur einen nicht wirklichen Willen des Handelnden offenbart, der wirkliche Wille aber der conformen Kundgebung ermangelt, ſo iſt damit dem Reſpondenten und Richter der erforderliche Stützpunkt für die ſinnliche Wahrnehmung entzogen, von welcher aus derſelbe bis zur Erkenntniß der betreffenden internen Willensaction mit Sicherheit vordringen könnte. Solche Mängel und Uebelſtände jenes Princips ſind nun auch erweislich in dem römiſchen Leben zu Tage getreten (§ 61) und haben die Rechtstheorie beſtimmt, die daraus für den Lebensverkehr ſich ergebenden Nachtheile abzuſchwächen. Die Mittel und Wege ſelbſt aber, welche zu ſolchem Zwecke eingeſchlagen wurden, ſind dreifältige und zwar theils Angabe von Hülfsmitteln zur Erkenntniß der ungewiſſen Willensbe-

ſtimmung, durch welche ſomit die Anwendung des Principes erleichtert wurde; theils ſodann Beſchränkungen der Geltung des Principes ſelbſt; theils endlich Modificationen der Conſequenzen des Letzteren. Die letzteren beiden Momente ſind in § 28 zu betrachten; was dagegen die Hülfsmittel zur Erkenntniß der zweifelhaften Willensbeſtimmung eines Rechtsactes betrifft, ſo finden wir dergleichen bereits frühzeitig, nämlich von Cicero in reicher Anzahl dargelegt[176]) und ſpäter dann in den Rechtswerken wiederholt; und zwar ſind dies folgende:

1. der allgemein ſprachliche Sinn der gebrauchten Worte, ſo nach Cic. in Beil. XVII. § V unter a, § VI unter c und den in § 23 a. E. § 24 a. E. citirten Stellen, ſowie nach

Cels. 33 Dig. (D. I, 3, 19): in ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim quum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit;

Ulp. 28 ad Ed. (D. XIV, 1, 1. § 20): in re — dubia melius est verbis edicti servire; 47 ad Sab. (D. XLVI, 4, 6).

Und dem ordnen ſich auch unter Sentenzen, wie von

Paul. 6 ad Ed. (D. L, 17, 110. § 3): ubi verba coniuncta non sunt, sufficit alterutrum esse factum.

Vgl. § 21 a. E. § 22 a. E. § 23 unter b. § 24 unter b.

Ingleichen gehört hierher der Satz, daß das Wort ſo lange bindende Kraft habe, als nicht ein abweichender Sinn des Redenden mit Sicherheit nachgewieſen iſt:

Marcell. Resp. (D. XXXII, 1, 69): non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam quum manifestum est aliud sensisse testatorem;

Justinian. im Cod. VI, 28, 3: quum — — manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valet, ut melior sensu exsistat.

Anwendungen bieten Trebat. bei Lab. 2 Post. (D. XXXII, 1, 30. pr.), Alfen. Var. 4 Dig. (D. XVIII, 1, 40 pr. § 3),

176) Beil. XVII. § IV—VIII. Die griechiſchen und ſpäteren römiſchen Rhetoren beſchäftigen ſich nicht mit den Hülfsmitteln der Interpretation, als vielmehr mit deren Topen. Im Uebrigen vgl. Boetzelaer in A. 159 cit. S. 32 fg.

Jul. 5. 35 Dig. (D. XXX, 1, 79. VII, 1, 34. pr.), Scaev. 15 Dig. (D. XXXII, 1, 33. § 1), Ulp. 5 Fideic. (D. XL, 5, 24. § 17), Carac. im C. Just. VI, 42, 6.

2. Die ſyſtematiſchen Beziehungen der Willenserklärung, ſei es in ihren einzelnen Theilen, ſei es zu anderen juriſtiſchen Willenserklärungen der nämlichen Perſönlichkeit, ſo Cic. in Beil. XVII § VI unter a und ſo auch

Cels. 9 Dig. (D. I, 3, 24): incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere;

vgl. Ulp. 20 ad Sab. (D. XXXII, 1, 75), 24 ad Sab. (D. XXX, 1, 50. § 3), Paul. 4 Quaest. (D. I, 3, 26. 28), Valens 1 Fideic. (D. XXXIV, 1, 22. pr. ſ. unter 3).

3. Die hiſtoriſchen Beziehungen der Willenserklärung und zwar ebenſo zu der Individualität ihres Autor, wie zu Ort und Zeit, worin der Autor lebt, als auch zu den Verhältniſſen des Redenden gegenüber dem durch den Rechtsact betroffenen Dritten, ſo nach Beil. XVII § VI unter b, ſowie nach

Javol. 3 ex Post. Lab. (D. XXXIV, 5, 28): qui habebat Flaccum fullonem et Philonicum pistorem, uxori Flaccum pistorem legaverat; quis eorum et num uterque deberetur? Placuit primo eum legatum esse, quem testator legare sensisset; quod si non appareret primum inspiciendum esse, an nomina servorum nota habuisset; quodsi habuisset, eum deberi, qui nominatus esset, tametsi in artificio erratum esset; sin autem ignota nomina servorum essent, pistorem legatum videri perinde ac si nomen ei adiectum non esset[177].

Ulp. 24 ad Sab. (D. XXX, 1, 50. § 3): si numerus numorum legatus sit neque apparet, quales sunt legati, ante omnia ipsius patris familias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est; sed et mens patrisfamilias et legatarii dignitas vel caritas et necessitudo — — sunt spectanda;

177) Erſterenfalls liegt error in vocabulo ſchlechthin, letzterenfalls error in nomine vor; ſ. § 26. Voigt im Arch. f. civil. Prax. 1870. Bd. 53. S. 16.

Val. 1 Fideic. (D. XXXIV, 1, 22. pr.): quum alimenta per fideicommissum relicta sunt non adiecta quantitate, ante omnia inspiciendum est, quae defuntus solitus fuerat ei praestare, deinde quid ceteris eiusdem ordinis reliquerit; si neutrum apparuerit, tum ex facultatibus defuncti et caritate eius, cui fideicommissum datum erit, modus statui debebit; und daſ. (D. XXXII, 1, 12) ſ. in § 22;

und ſo auch Alfen. Var. 5 Dig. (D. XXXV, 1, 27), Labeo bei Javol. 1 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 39. § 1), Ped. bei Paul. 2 ad Vit. (D. XXXIII, 7, 18. § 3), Cels. 1 Dig. (D. XXIV, 1, 47), 37 Dig. (D. XXXI, 1, 30. ſ. in § 22), Sab. bei Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXIII, 6, 9. pr.), Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XXXIV, 2, 33), Scaev. 3 Resp. (D. XXXIII, 7, 20. § 7), 15 Dig. (D. XXXII, 1, 33. § 2), Papin. 7 Resp. (D. XXXII, 1, 91. § 3. 4). Ulp. 20 ad Sab. (D. XXXII, 1, 75). 23 ad Sab. (D. XXXIII, 6, 9. § 3), 2 Fideic. (D. XXXVI, 1, 17. § 4), 73 ad Ed. (D. XX, 1, 6), Paul. sing. de Instr. sign. (D. XXXII, 1, 99), in Lab. 1 Pith. (D. XXXII, 1, 31), 4 ad Sab. (D. XXXIII, 10, 3. § 5), Hermog. 2 Jur. Epit. (D. XXXIII, 6, 10).

Und dieſem Geſichtspunkte ordnen ſich auch unter, wo auf jene hiſtoriſchen Beziehungen nicht verwieſen iſt, wie z. B.

Ulp. 50 ad Sab. (D. XLV, 1, 41. pr.): eum, qui kalendis Jan. stipulatur, — — si — non addat, quibus Januariis, facti quaestionem inducere, quid forte senserit; — — si autem non appareat, dicendum est, quod Sabinus, primas kal. Jan. spectandas.

Florent. 8 Inst. (D. XVIII, 1, 43. § 1): si quis hominem luminibus effossis emat et de sanitate stipuletur, — de cetera parte corporis potius stipulatus videtur, quam de eo, in quo se ipse decipiebat.

4. Der Eigenwerth des Reſultates der Interpretation[178]),

178) Eine nur negative Bedeutung hat die deductio ad absurdum einer entgegenſtehenden Interpretation, worüber ſ. Beil. XVII. N. 50.

wobei als Maaßſtab für ſolchen gegeben iſt deſſen Uebereinſtimmung

a. mit der aequitas oder Billigkeit d. i. dem nationalen Rechtsbewußtſein ſelbſt, ſo nach Cornific., Cic., Quint. und Fortunat. in Beil. XVII § VI unter d, bb. § VII unter a. § VIII unter g, ſowie

Javol. 7 Epist. (D. L, 17, 200): quoties nihil sine captione investigari potest, eligendum est, quod minimum habet iniquitatis;

Leo et Anthem. in C. Just. VI, 61, 5: consequens est ambiguas atque legum diversis interpretationibus titubantes causas benigne atque naturalis iuris moderamine temperare[179]).

Eine anſchauliche Anwendung bietet Ulp. 26 ad Ed. (D. L, 17, 41. § 1 ſ. unter c), wo das dritte Princip der aequitas als Maaßſtab der Interpretation aufgeſtellt iſt, dem entſprechend daſſelbe auch z. B. von Papin. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 3. pr.) zur reſtrictiven Interpretation eines Rechtsſatzes verwendet wird, ſowie

Papin. 9 Resp. (D. XXXV, 1, 102): quum avus filium ac nepotem ex altero filio heredes instituisset, a nepote petiit, ut, si intra annum XXX moreretur, hereditatem patruo suo restitueret; nepos liberis relictis intra annum suprascriptum vita decessit; fideicommissi condicionem coniectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum quam dictum fuerat, inveniretur,

wo auf die sanguinis ratio, ſomit das erſte Princip der aequitas die reſtrictive Interpretation geſtützt wird, und was gleichermaaßen auch der Fall iſt bei Scaev. 16 Dig. (D. XXXIV, 3, 28. § 3).

b. mit der honestas oder den boni mores, nach Cic. in Beil. XVII, § IV. V unter b. § VI unter d, bb. § VIII unter a.

c. mit der utilitas, ſei dies Gemeinwohl und zwar Staats-

179) Wegen des ius naturale als einer [mit der aequitas übereinſtimmenden Norm ſ. Thl. I § 61. 69.

intereſſe (utilitas publica) oder Intereſſen der bürgerlichen Geſellſchaft (utilitas privata), ſei es das Sonderintereſſe des Paciscenten oder des durch den Rechtsact betroffenen Dritten. Dieſen Maaßſtab des Eigenwerthes der Interpretation heben hervor Cic. in Beil. XVII, § IV. V unter b. § VI unter d, bb. § VIII unter a, ſowie Ped. bei Ulp. 1 ad Ed. Aed. cur. (D. I, 3, 13) ſ. § 22, und

Ulp. 2 Disp. (D. V, 1, 66): si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id, quod utilius ei est, accipiendum est;

Modest. 8 Resp. (D. I, 3, 25): nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut, quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem;

wogegen Anwendungen bieten

Labeo bei Venul. 1 Interd. (D. XLIII, 23, 2) ſ. in § 22; Tryphon. 14 Disp. (D. XXVI, 3, 10): utilitatem pupillorum praetor sequetur, non scripturam testamenti vel codicillorum; nam patris voluntatem praetor ita accipere debet, si non fuit ignarus scilicet eorum, quae ipsa praetor de tutore comperta habet; Ulp. 52 ad Ed. (D. XXXVI, 4, 5. § 25), 67 ad Ed. (D. XLIII, 3, 1. § 3), Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 9), vgl. auch Pap. 8 Quaest. (D. XI, 8, 43), ſowie § 28 unter b.

Bei Colliſion aber der Sonderintereſſen zweier Parteien greift das dritte Princip der aequitas: nemo cum damno alterius locupletior fieri debet ergänzend und ſchlichtend ein: die Interpretation nimmt zu ihrem Maaßſtabe die utilitas desjenigen, deſſen Intereſſen nur auf Abwendung einer Vermögensſchädigung ſich richten und wendet ſich ſomit gegen die andere Partei, deren Rechtsanſpruch auf eine Bereicherung abzielt:

Ulp. 26 ad Ed. (D. L, 17, 41. § 1): in re obscura melius est favere repetitioni, quam adventicio lucro; vgl. Pomp. 22 ad Sab. (D. L, 17, 33), Ulp. 15 ad Ed. (D. L, 17, 126. § 2), Herm. 3 Jur. Ep. (D. L, 17, 98).

Indem daher diesem Maaßstabe die Berücksichtigung der Sonderinteressen des betreffenden Rechtssubjectes mit unterfällt, so wird nun auch mehrfach die solchen Maaßstab anlegende Interpretation als benigna [180]) prädicirt, so von

Cels. 29 Dig. (D. I, 3, 18) s. § 19 a. E. Marcell. 29 Dig. (D. XXVIII, 4, 3. L, 17, 192. § 1): in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est, quam tutius; Gai. 3 de Legat. ad Ed. Urb. (D. L, 17, 56): semper in dubiis benigniora praeferenda sunt; Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIII, 4, 9), 12 Epist. (D. XXXV, 1, 112. § 1), Scaev. 3 Resp. (D. XXXIV, 1, 20. § 1), Ulp. 2 Resp. (D. XXXIX. 5, 16), Anton. Phil. in C. Just. VI, 27, 1. vgl. Ulp. 4 Resp. (D. XL, 1, 4. § 7), Paul. 15 ad Sab. (D. VIII, 2, 20. § 2).

Lediglich specielle Beziehungen der Interpretation nach der utilitas bieten endlich

Jul. 87 Dig. (D. L, 17, 67): quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est;

Ulp. 74 ad Ed. (D. XLV, 1, 80): quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit; 4 Fideic. (D. XXXVI, 1, 16. pr.): in ambiguo — magis de successione sensum dico (sc. si patrimonium restituere quis fuerit rogatus fideicommisso), ne intercidat fideicommissum;

Paul. 14 ad Plaut. (D. XXXIV, 5, 21): semper in dubiis id agendum est, ut quam tutissimo loco res sit bona fide contracta, nisi quum aperte contra leges scriptum est.

---

180) Wegen dieses benignum s. Thl. I A. 530 und ein weiteres Beispiel in A. 189. Dagegen in dem Sinne von clementer steht benigne interpretari hinsichtlich der Strafgesetze insbesondere, so bei Paul. 65 ad Ed. (D. L, 17, 155. § 2) u. a. m. s. Thl. I A. 530. vgl. Hermog. 1 Epit. (D. XLVIII, 19, 42). Wegen noch anderen Sinnes von benignum s. A. 669.

d. mit den beſtehenden Einrichtungen und Zuſtänden, wie mit den regelmäßigen Vorkommniſſen des Lebens und Verkehres, ſo nach Cic. in Beil. XVII, § VI unter d, aa, ſowie

Jul. 29 Dig. (D. L, 17, 64): ea, quae raro accidunt, non temere in agendis negotiis computantur;

Paul. 9 ad Ed. (D. L, 17, 114): in obscuris inspici solet, quod verisimile est aut quod plerumque fieri solet (ſ. A. 181).

§ 28.

Modificationen des Principes der aequitas bei der Interpretation.

Indem die Aufgabe aller juriſtiſchen Interpretation dahin ſich ſtellt, daß der mangelhaften Willenserklärung ein befriedigender Sinn abgewonnen, insbeſondere aber bei Anwendung des Principes der voluntas die jener Willenserklärung zu Grunde liegende wirkliche Willensbeſtimmung erkannt werde, ſo bleibt nun ſolche Aufgabe der Interpretation ungelöſt, ſobald zu einer ſichereren[181]) Erkenntniß dieſer Willensbeſtimmung im concreten Falle nicht zu gelangen iſt: es fehlt dann die erforderliche proceſſualiſche Gewißheit hinſichtlich eines in allen Fällen weſentlichen thatbeſtändlichen Momentes und der Rechtsact verliert in Folge deſſen ſeine Wirkſamkeit:

Alfen. Var. 5 Dig. (D. XXXIV, 8, 2) ſ. § 19 a. E., Cels. 17 Dig. (D. L, 17, 188. pr.), Jul. 15 Dig. (D. XVIII, 2, 17), Marcell. 5 Dig. (D. XLV, 1, 95) und bei Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 5 z. A. ſ. Beil. XVIII, A. 13);

Pomp. bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 5. § 5): si plures sint eiusdem nominis servi, puta plures Erotes,

---

181) Verisimile ſagen Marcell. Resp. (D. XXXV, 1, 36. § 1), Papin. 6 Resp. (D. XXVIII, 6, 41. § 5), Ulp. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. pr.), 73 ad Ed. (D. XX, 1, 6), Paul. 9 ad Ed. (D. L, 17, 114. ſ. § 27 a. E.); credibile: Marcell. 11 Dig. (D. XXXIV, 5, 24) ſ. § 24; apertissimae probationes: Modest. 2 Pand. (D. XXVIII, 5, 62. § 1) ſ. oben; evidentissimae probationes: Ulp. 3 Disp. (D. XII, 4, 6. pr.), 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 84. § 3); vgl. Marcian. 6 Inst. (D. XXX, 1, 88) und § 27 unter 1.

nec appareat, de quo actum sit, nullam fieri condemnationem;

Papin. 2 Quaest. (D. XLV, 1, 115. pr.): ita stipulatus sum: „Te sisti in certo loco; si non steteris, L — dari spondes“? Si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, quum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio non secus ac si, quod pondere, numero, mensura continetur, sine adiectione ponderis, numeri, mensurae stipulatus essem vel insulam aedificari non demonstrato loco vel fundum dari non adiecto nomine, wozu vgl A. 164;

Ulp. 24 ad Sab. (D. XXXIV, 4, 3. § 7): si duobus Titiis separatim legaverit et uni ademerit nec appareat, cui ademtum sit, utrique legatum debebitur, quemadmodum et in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum; 5 Disp. (D. XXX, 1, 75. § 1): si mihi, quod Titius debet, fuerit legatum neque Titius debeat, sciendum est nullum esse legatum et quidem, si quantitas non sit adiecta, evidenti ratione nihil debebitur, quia non apparet, quantum fuerit legatum; 6 Disp. (D. XXXIV, 5, 10. pr.); 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 2. § 5);

Paul. 6 Quaest. (fr. Vat. 227. D. XXVI, 3, 30. ſ. in § 24): si id non atparet, non ius deficit, sed probatio: ergo neuter est tutor; 26 ad Ed. (D. XL, 4, 31); Sent. rec. III, 4[b], 3; 19 Resp. (D. XXXIV, 5, 4);

Modest. 2 Pand. (D. XXVIII, 5, 62. § 1): quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet, — — nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit; 1 Reg. (D. XXXIV, 5, 27).

Dieſe Eventualität der Anwendung des fraglichen Principes wird nun um ſo bedenklicher durch die in § 27 hervorgehobene Schwierigkeit in der Anwendung dieſes Principes überhaupt. Zur Abſchwächung der hieraus für den Rechtsverkehr ſich ergebenden Gefährdung hat nun die Jurisprudenz mehrfache

Regeln aufgeſtellt, welche als Modificationen jener Conſequenz des Principes ſich ergeben, nämlich

A. Bei einſeitigen Rechtsacten:

1. für den Fall, daß beim Legate nicht feſtzuſtellen iſt, welches von mehreren gleichartigen und den Worten des Legates unterfallenden Objecten der Teſtator im Sinne hatte, gilt das Legat und der Erbe hat die Wahl zwiſchen den mehreren Objecten, ſo Ulp. 20. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 32. § 1. pr. 37. § 1);

2. für den Fall, daß zwei Perſonen den Namen des Legatars führen, gilt trotz der Vorausſetzung, wie unter 1 das Legat, und der Erbe hat die Wahl zwiſchen den beiden namensgleichen Perſonen: Paul. 9 ad Plaut. (D. XXXI, 1, 8. § 3).

Beide Modificationen treten indeß in den Quellen iſolirt auf und harmoniren überdem auch nicht mit den obigen allgemeineren Sätzen; anders verhält ſich dies jedoch, wenn

3. für den Fall, daß bezüglich zweier Summen oder zweier gleichartiger res non fungibiles verſchiedenen Werthes der Zweifel entſteht, welches von beiden gemeint ſei, der Rechtsact bezüglich des Minus von Summe oder Werth für gültig erklärt wird [182]), ſo in erſterer Beziehung:

---

182) Zwei Sätze treten in obiger Beziehung in den Quellen auf: 1. die principielle Conſequenz: das Gewollte gilt; dem entſprechend iſt a. das einſeitige Rechtsgeſchäft hinſichtlich des gewollten Betrages rechtsbeſtändig: Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 2. 4.) ſ. bei A. 163. b. das zweiſeitige Geſchäft iſt im Falle einer Differenz in der Summe nichtig; dieſer Satz iſt als allgemeiner unvertreten in den Quellen und lediglich vom Standpunkte des rigor aus treten im Reſultate gleiche Entſcheidungen auf, ſo von Gai. III, 102 in § 6 und, hinſichtlich der alternativen Obligation, von Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 88. § 2) in § 6; daneben vom Standpunkte der aequitas in dem Falle) wo bei unentgeltlichen Rechtsgeſchäften der Zahlungspflichtige auf das Minus, der Zahlungsempfänger auf das Plus ſeine Willensbeſtimmung richtet: § 18 unter B. — 2. Das Minus gilt, weil dieſes auch in dem Majus mit enthalten iſt; ſo a. bei einſeitigen Rechtsgeſchäften nach den obigen Stellen, und ähnlich hinſichtlich des Cumulativen Papin. 19 Quaest. bei Ulp. 15 ad Sab. (D. XXX, 1, 14. § 1); b. bei zweiſeitigen Rechtsgeſchäften: Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 4) ſ. bei A. 156, ſowie § 18 unter B; vgl. auch wegen alternativer Obligationen Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 88. § 3) bei A. 157. Die entgegengeſetzte Entſcheidung von Qu. Mucius und Ael. Gall. ſ. § 11 a. E.

Serv., Ofil. und Lab. bei Jav. in Lab. 2 Post. epit. (D. XXXII, 1, 29. § 1): quum ita legatum esset, ut Titia uxor mea tantandem partem habeat, quantulam unus heres, si non aequales partes essent heredum — — minimam (sc. partem putabant legatam esse), quia, quum heres dare damnatus esset, in potestate eius esset, quam partem daret;

Proc. 6 Epist. (D. XXXI, 1, 47), Proc. und Cels. bei Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 3) und Paul. 3 ad Sab. (D. XXX, 1, 15. pr.), Ulp. 20 ad Sab. (D. XXXII, 1, 75), 45 ad Sab. (D. L, 17, 34), Paul. 6 Quaest. (fr. Vat. § 227);

in letzterer Beziehung sodann

Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 6): quum quidam duos fundos eiusdem nominis habens, legasset fundum Cornelianum et esset alter pretii maioris, alter minoris et heres diceret minorem legatum, legatarius maiorem, vulgo fatebitur, utique minorem eum legasse, si maiorem non potuerit docere legatarius;

sowie Beides zusammenfassend

Ulp. 15 ad Sab. (D. L, 17, 9): semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.

B. Bei zweiseitigen Rechtsacten insbesondere verdoppelt sich jene Schwierigkeit, weil, indem jene den Consens der beiden Interessenten voraussetzen, an die Interpretation die Aufgabe herantritt, eine sichere Erkenntniß der Willensbestimmung beider Interessenten zu gewinnen[182a]). Hier nun greifen für den Fall, daß auf directem und rein metaphysischem Wege die Interpretation zu einem sicheren Ergebnisse nicht gelangen kann, folgende Modificationen des Principes Platz:

182a) Nebendem tritt bei zweiseitigen Acten die Gefahr hervor, daß die Interpretation zwar auf directem und metaphysischem Wege zu einem sicheren Ergebnisse gelange, dieses Resultat aber einen Dissens der Betheiligten auftecke. Allein gegen diese Gefahr standen der Interpretation keine Hülfsmittel zu Gebote: dieselbe zu mindern lag lediglich der Theorie über den Dissens ob und diese hat in der That auch jene Gefahr gemindert dadurch, daß sie den Dissens in gewissen Fällen für irrelevant erklärte: § 18.

a. der eine nur ganz isolirt auftritt und ausgesprochen ist von

Ulp. 26 ad Ed. (D. V, 1, 61. pr.): melius est dicere, id venire in iudicium, non de quo actum est, ut veniret, sed id non venire, de quo nominatim actum est, ne veniret, wovon abweicht Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 1 unter 3 dd).

b. Dagegen von höchster Wichtigkeit und weitgreifendster Bedeutung ist der Satz, daß die voluntatis quaestio (§ 19) abgeschnitten und ausgeschlossen ist in dem Falle, daß die verbale Willenserklärung dem Wortlaute nach durchaus fehlerfrei ist:

Paul. 1 ad Nerat. (D. XXXII, 1, 25. § 1): cum in verbis nulla ambiguitas (im weiteren Sinne s. Beil. XVII § III) est, non debet admitti voluntatis quaestio;

denn dieser Satz, obwohl von höchstem practischen Werthe und insbesondere nützlich dadurch, daß er der Mentalreservation die juristische Bedeutung abspricht, enthält dennoch eine Beugung des maaßgebenden Principes: denn ist nach diesem die Willensbestimmung das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes (§ 17), so ist principiell jede Disharmonie zwischen jener und der Willenserklärung juristisch relevant und ganz gleichgültig ist hierbei, ob die letztere selbst in ihrem Ausdrucke mehr oder minder correct ist [186].

Und dieser Satz ist es auch, der in einer besonderen Anwendung hervortritt

c. in der These, daß das Princip der aequitas bei der definitio nur insoweit Anwendung erleidet, als die Nationalanschauung hinsichtlich des begrifflichen Umfanges eines Wortes zu einem absoluten Abschlusse nicht gelangt ist, vielmehr der individuellen Auffassung und Redeweise einen Spielraum ge-

186) Ein Seitenstück hierzu bietet Cic. in Beil. XVII. § VIII unter f, wenn derselbe bei contrariae leges einen Vorrang dem in seinem Ausdrucke correcten Gesetze gegenüber dem incorrecten einräumt: der correcte Ausdruck kann doch nimmer einen Beweis dafür ergeben, daß dem in ihm enthaltenen Gedanken der Vorrang vor dem incorrect ausgesprochenen Gedanken zukomme! Alle diese Sätze stehen in keinem inneren Zusammenhange mit § 27 unter 1.

nicht, nicht aber insoweit, als durch eine feste Abgränzung der Begriffssphäre eine zweifelsfreie Bestimmung gegeben ist; so

Serv. und Cels. im Gegensatze zu Tubero bei Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2): Servius fatetur sententiam eius, qui legaverit, aspici oportere, in quam rationem ea (sc. res ad cottidianum usum paratas) solitus sit referre. Verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, ut puta escarium argentum aut paenulas aut togas, supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere supellectili legata ea quoque contineri: non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere.

Id Tubero parum sibi liquere ait: „nam quorsum nomina", inquit, „nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis"?

Equidem non arbitror quemquam dicere, quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet: nam vocis ministerio utimur; ceterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. Sed etsi magnopere me Tuberonis et ratio et auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio non videri quemquam dixisse, cuius non suo nomine usus sit; nam etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur, nisi forte et eos, qui loqui non possunt, conatu ipso et sono quodam *καὶ τῇ ἀνάρθρῳ φωνῇ* dicere existimamus;

Cascell. Ofil. Lab. bei Javol. 3 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 10, 10): qui vestem omnem et res plurium generum supellectilis expenso ferre solitus erat, is uxori supellectilem legaverat; recte negabant vestem legato cessuram — —, quia non posset videri vestis appellatione supellectilis contineri;

Pomp. bei Ulp. 5 ad Sab. (D. XXX, 1, 4. pr.): quodsi quis, quum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, vestem non deberi, quemadmodum si

quis putet, auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri vel, quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri;

wozu Ulp. beifügt: rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia;

Paul. 21 Resp. (D. XXXIV, 2, 37): ornamentorum appellatione vestem muliebrem non contineri nec errorem heredis ius mutasse respondi[186a]).

Und dieſes Geſetz wird nun auch von Modest. de Heurem. (D. XXXIII, 2, 19) auf die techniſche, ſolenne Formel übertragen (ſ. A. 640).

d. Eine ganz eigenthümliche Abweichung von dem Principe der voluntas findet ferner bei gewiſſen Rechtsinſtituten ſtatt, welche eines geſetzlichen favor genießen[187]): denn bei den Rechtsacten, die in Beziehung auf jene Inſtitute von Jemand vollzogen werden, oder bei den denſelben dienlichen Geſetzen wird die zweifelhafte Willensbeſtimmung principaliter und ohne Weiteres nach Maaßgabe der Sonderintereſſen desjenigen aufgefaßt und bemeſſen, zu deſſen Gunſten der betreffende Rechtsact vorgenommen wurde[188]). Dieſe Rechtsinſtitute ſind aber

---

186a) Hinſichtlich der Beurtheilung des Falles insbeſondere, wo Jemand ſilbernes Hausgeräth zum argentum factum oder Silberzeug rechnet, während es die Kaiſerzeit der supellex oder dem Hausrathe einordnete, entſcheidet jedoch Paul. 4 ad Sab. (D. XXXIII, 10, 3. § 5) anders; er deducirt: in früheren Zeiten rechnete man ſilbernes Hausgeräth nicht zur supellex, die Jetztzeit dagegen überweiſt es der letzteren und ſchließt es ſomit vom argentum factum aus; dieſer culturhiſtoriſche Wandel der Anſchauung rechtfertigt daher, daß man ſolchem Irrthume des Teſtator Relevanz beimißt; vgl. A. 175.

187) Vgl. Theod. et Valent. in C. Just. I, 14, 6: quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri. Eine Analogie bietet Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 68. § 6): paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos versari.

188) Gegenüber § 27 unter 4c beſtimmt ſich der Unterſchied ſo: iſt die Willensbeſtimmung zweifelhaft, ſo iſt im Allgemeinen dieſelbe zu eruiren und unter den mehreren Mitteln hierfür dient die utilitas deſſen, dem der Handelnde Etwas zuwenden will; im Obigen dagegen iſt dann, wenn die Willensbeſtimmung zweifelhaft iſt (vgl. Jul. 42 Dig. unter a a cit.), die utilitas des von dem Rechtsacte Betroffenen feſtzuſtellen. Dort iſt daher

aa. die libertas:

Pomp. 7 ad Sab. (D. L, 17, 20): quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit;

Javol. 6 ex Cass. (D. XL, 7, 28. pr.), Jul. 42 Dig. (D. XL, 4, 17. § 3), Gai. 5 ad Ed. prov. (D. L, 17, 122), Ulp. 6 Disp. (D. XXXIV, 5, 10. § 1), 5 Fideic. (D. XL, 5, 24. § 10); Paul. 16 ad Plaut. (D. L, 17, 179); vgl. Juſtinian. in Cod. VII, 4, 14;

bb. die dos:

Paul. 6 Quaest. (D. XXIII, 3, 70. L, 17, 85. pr.): in ambiguis pro dotibus respondere melius est; vgl. A. 174[c].

Und dazu kommen

cc. die Ehe in Hinſicht der Kindererzeugung, entſprechend der juliſchen Geſetzgebung:

Ter. Clem. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXV, 1, 64. § 1): legem — utilem reipublicae, sobolis scilicet procreandae causa latam, adiuvandam interpretatione.

e. Endlich wird nun auch ganz in entgegengeſetzter Richtung das Princip der voluntas völlig aufgegeben und an ſeiner Stelle das Princip des verbum beibehalten bezüglich einer Inſtitution, die einem juriſtiſchen Odium unterlag [189]), nämlich bezüglich der Exherebation. Dieſe Ordnung tritt zu Tage in folgenden Entſcheidungen:

Jul. 29 Dig. (D. XXXVIII, 2, 13. § 2): testamentum, quod hoc modo scribitur: „Titius post mortem filii mei heres esto; filius exheres esto“, nullius momenti est, quia filius post mortem suam exheredatus est; wozu vgl. Scaev. 6 Quaest. (D. XXVIII, 2, 29. § 10),

---

ſolche utilitas ſecundärer, hier iſt ſie primärer Maaßſtab der Interpretation der Entſcheidung.

189) Scaev. bei Paul. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 3. § 2): exheredationes non essent adiuvandae; daſſelbe, in anderer Richtung der Auffaſſung, beſagt Ulp. 6 Reg. (D. XXVIII, 2, 2): benigna interpretatione respondetur nullum exheredatum esse, worin die Idee eines favor des Enterbten durchklingt, und wozu wegen dieſes benignum ſ. A. 180.

wo die Willensbeſtimmung des Teſtator unzweifelhaft dahin geht, der Sohn ſolle unbedingt d. h. ohne Friſt enterbt, die Erbſchaft ſelbſt aber bis zum Tode des Sohnes hereditas iacens ſein, während auf Grund des Feſthaltens an den Teſtamentsworten nach Maaßgabe von § 5 das Reſultat gewonnen wurde, daß die Enterbung ſelbſt auf einen dies incertus vertagt ſei [190]);

ferner Jul. bei Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 3. § 2. ſ. § 12 a. E.), ſowie

Pomp. 7 ad Qu. Muc. (D. XXVIII, 5, 68): „Titius heres esto et quum heres erit Titius, filius exheres esto“ nullius momenti esse exheredationem;

wo beidemal die Willensbeſtimmung unzweifelhaft und juriſtiſch ausführbar iſt, während die Worte an ſich allerdings leges contrariae ergeben, welche, weil unlösbar, unausführbar ſind (ſ. § 12 a. E.) [191]);

ſodann Scaev. bei Paul. 1 ad Vit. (D. XXVIII, 2, 19): quum quidam filiam ex asse heredem scripsisset filioque, quem in potestate habebat, X legasset, adiecit: „Et in cetera parte exheres mihi erit“, et quaereretur, an recte exheredatus videretur, respondit: non videtur. Et in disputando adiiciebat ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur [192]), exheredationes autem non essent adiuvandae;

wo gleichermaaßen, wie im vorhergehenden Falle, die Worte an ſich contrariae leges ergeben (§ 12 a. E.);

endlich Ulp. 6 Reg. (D. XXVIII, 2, 2): nominatim exhere-

---

190) Vgl. Schmidt, Recht der Notherben 48 fg.

191) Vgl. Schmidt a. O. 50 fg. Ein ſcharf contraſtirendes Gegenſtück bietet Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 14): „Stichus liber esto et postquam liber erit, heres esto;“ Lab., Nerat. et Aristo opinantur detracto verbo medio „postea“ simul ei et libertatem et hereditatem competere, quae sententia mihi quoque vera videtur.

192) Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 1. § 4): si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione. Vgl. Schmidt, a. O. 51 fg.

datus filius et ita videtur: „Filius meus exheres esto“, — si modo unicus sit; nam si plures sunt filii, benigna interpretatione potius a plerisque respondetur nullum exheredatum esse,

wo die Entſcheidung auf der definitio nach Maaßgabe des rigor beruht und dahin geht, daß der vom Redenden gebrauchte Singular nur auf die Einzahl, nicht auch auf die Mehrzahl bezogen werden dürfe [198]) (vgl. § 11).

C. Die Wahrheit der Willensbeſtimmung beim Rechtsacte als ein weſentliches Erforderniß ihrer Rechtsverbindlichkeit.

§ 29.

Relevanz des die Willensbeſtimmung beim Rechtsacte beeinfluſſenden vis, dolus und error.

Während der rigor den die Willensbeſtimmung beim Rechtsacte beeinfluſſenden vis, dolus und error alle Relevanz abſprach, dieſe Auffaſſung in der Parömie zuſammenfaſſend: plus in re est, quam in existimatione (§ 14), eröffnete die aequitas der Anſchauung den Raum und die Möglichkeit, jenen Einflüſſen auf die Willensbeſtimmung beim Rechtsacte Gewicht beizumeſſen (§ 1); und indem letzteres auch wirklich geſchah, ſo ward ſolche Theorie zugleich in die Parömie gekleidet:

Plus est in opinione, quam in veritate: Ulp. 7 ad Sab. (D. XXXIX, 2, 15).

Die Theorie ſelbſt aber von der Relevanz der die Willensbeſtimmung beim Rechtsacte beeinfluſſenden vis, dolus und error und zwar des letzteren mit Einſchluß der ignorantia iſt von den Römern in der That auch auf den ſyſtematiſchen Geſichtspunkt geſtützt worden, daß vis, dolus und error nicht

---

198) Die entgegengeſetzte Entſcheidung in anderem Falle bietet Ulp. 14 ad Sab. (D. XXXVIII, 4, 1. § 1): quamvis singulari sermone SCtum scriptum est, tamen et pluribus liberis et plures libertos libertasve posse assignari certum est, wie Pomp. bei Ulp. 12 ad Ed. (D. XXVII, 6, 1. § 4).

die Existenz, als vielmehr lediglich die ordnungsmäßige Beschaffenheit der wirklichen voluntas aufheben; und diese Auffassung allein ist auch in Wahrheit durch den dabei obwaltenden Sachverhalt gerechtfertigt. Denn wie alle Willensaction, so ist auch die dem Rechtsacte inliegende Willensbestimmung das Ergebniß von Impulsen der Empfindung, wie von Erwägungen des Verstandes, deren Zusammenwirken dann diejenige Willensemotion hervorruft, die zur Willensbestimmung des Rechtsactes sich abschließt; und zwar wird die erste Anregung zu solcher Willensbestimmung gegeben in dem Anreize nach dem, was Beifall findet, oder in der Abneigung gegen das, was das Mißfallen erweckt, wobei der Maaßstab für solches Wohlgefallen oder Mißfallen durchaus in der Individualität des Empfindenden gelegen ist; daran schließt sich sodann die Erwägung und Wahl der Mittel, jenes Wohlgefällige zu erlangen, dieses Mißfällige abzuwehren; und endlich tritt hierzu nun das Wollen des gewählten Mittels und der Entschluß seiner Ausführung. Dieser gesammte Entwicklungsproceß der Willensbestimmung wird nun aber weder durch vis, noch durch dolus oder error aufgehoben. Denn zunächst im Falle der vis wird der Handelnde zur Thätigkeit angeregt durch die Empfindung des Mißfallens gegen das angedrohte Uebel, wobei der Maaßstab dafür unverrückt in seiner Individualität gegeben ist; sodann die Erwägung und Wahl des Verhaltens gegenüber dem drohenden Uebel ist durchaus freie That des Bedrohten, daher denn endlich auch sein Entschluß der Abwehr oder der Ertragung des drohenden Uebels ganz in der gleichen Weise wirkliche Willensaction des Handelnden ist, wie in dem Falle, wo Jemand durch Furcht, die nicht mittelst Androhung von Gewalt Seitens eines Dritten erregt ist, zu einer Handlung bestimmt wird. Und ebensowenig wird sodann durch error im Allgemeinen oder dolus im Besondern die Wirklichkeit der Willensbestimmung aufgehoben und jener Consolidirungsproceß derselben behindert: denn wer Jemandem schenkt in der irrigen Voraussetzung, derselbe sei sein Bruder, wer einen Sclaven schenkt in der irrigen Voraussetzung, derselbe sei der Stichus, wer einen Ring schenkt, denselben irrig für einen broncenen haltend, während solcher in Wahrheit golden ist, der hat unzweifelhaft den wirklichen

animus donandi und dieſe Wirklichkeit von ſolcher Willensbeſtimmung wird nicht im Entfernteſten beeinträchtigt oder aufgehoben durch jene Unwahrheit der dabei maaßgebenden Vorausſetzungen [194].

Vielmehr fallen die ordnungswidrigen Einflüſſe von vis, dolus und error in ein den bezeichneten Entwicklungsphaſen der Willensbeſtimmung zeitlich wie pſychiſch vorausgehendes Stadium. Denn die normale Organiſation des menſchlichen Geiſtes bedingt, daß, wenn immer auch jene zur Willensbeſtimmung ſich entwickelnde Empfindung des Wohlgefallens oder Mißfallens durchaus nur in der Individualität des Handelnden ihren Maaßſtab findet, doch wiederum dem Beifalle, wie Mißfallen des Individuum ordnungsmäßig ein zureichender Grund unterliegen muß. Und zwar findet derſelbe ſeine thatbeſtändliche Unterlage in gewiſſen Verhältniſſen, welche entweder den Handelnden umgeben oder ſeiner Perſon inhäriren, wobei ſolche Thatbeſtände wiederum dadurch in die cauſale Beziehung eines zureichenden Grundes zu dem betreffenden Individuum treten, daß ſie zu deſſen Sonderintereſſen in dem Verhältniſſe des Uebereinſtimmenden oder Widerſprechenden ſtehen. Gleichwie daher die geſammte Thätigkeit des Menſchen ihre Richtung empfängt durch deſſen Sonderintereſſen, ſo verſieht auch der Rechtsact den Beruf, den individuellen Intereſſen des Handelnden als Mittel zu dienen, mögen im Uebrigen dieſe Sonderintereſſen rein egoiſtiſche ſein oder auch den Vortheil von Mitmenſchen im Auge haben. So daher ſind die Sonderintereſſen des Invidiuum der zureichende Grund von deſſen Beifall oder Mißfallen und beſtimmen inſofern die Richtung ſeines Empfindens, Erwägens und Wollens.

In dieſem Verhältniſſe aber der Sonderintereſſen des Handelnden als des letzten zureichenden Grundes ſeiner Willensbeſtimmung läßt ſich nun vom practiſchen Standpunkte aus eine Störung und eine Ordnungswidrigkeit anerkennen, dafern vis oder dolus oder error die Willensbeſtimmung des Rechtsactes beeinfluſſen.

Denn in dem Falle der vis wird die Willensbeſtimmung

194) Vgl. Voigt im Archiv f. civil. Prax. 1870. Bd. 53. § 1.

des Bedrohten zwar durch deſſen Sonderintereſſe nach einer gegebenen Richtung gelenkt inſofern, als das angedrohte Uebel dieſen Intereſſen auf das Schroffſte widerſtreitet, um deßwillen das ſtärkſte Mißfallen des Bedrohten erregt und nun zur Abwendung des Uebels das Wollen beſtimmt. Allein indem gerade jenes Sonderintereſſe lediglich durch ſolche Androhung eines Uebels in Mitleidenheit gezogen worden iſt, ohne dies aber gar nicht berührt ſein würde, ſo daß andere Intereſſen maaßgebend geweſen ſein und ſomit nicht die getroffene Willensbeſtimmung herbeigeführt haben würden; indem ſodann jene Androhung von dem Drohenden wiederum gegen das eigene Intereſſe des Bedrohten demſelben entgegengeſtellt worden iſt, ſo führt nun Alles dies zu dem practiſchen Geſichtspunkte hin, daß die durch die vis beeinflußte Willensbeſtimmung nicht durch das eigene Intereſſe des Handelnden, als vielmehr durch ein fremdes Sonderintereſſe, nämlich des Zwingenden ſelbſt beſtimmt iſt. Daher liegt im Falle der vis ein Moment der Störung und des Ordnungswidrigen der Willensaction darin, daß die Willensbeſtimmung des Handelnden nicht im Dienſte von deſſen eigenen, als vielmehr eines fremden Sonderintereſſe ſteht, ſomit aber der zureichende Grund jener Willensbeſtimmung zwar ein objectiv wahrer, aber ein ſubjectiv unwahrer iſt.

Hinwiderum in dem Falle des dolus und error waltet ein Widerſpruch der Vorſtellung des Handelnden mit denjenigen wirklichen Verhältniſſen ob, welche, wie obbemerkt, die thatbeſtändlichen Unterlagen des zureichenden Grundes der Willensbeſtimmung beim Rechtsacte bilden und durch ihre Uebereinſtimmung mit den Sonderintereſſen des Handelnden in ſolche cauſale Beziehung zu deſſen Willensbeſtimmung treten. Indem ſomit die Vorſtellung des Handelnden die Exiſtenz jener bezüglichen, mit ſeinen Sonderintereſſen übereinſtimmenden Verhältniſſe der Wahrheit zuwider ſetzt, ſei es auf Grund ureigener Auffaſſung, ſei es in Folge deſſen, daß ein Dritter in wohlberechneter Weiſe den Handelnden zu ſolcher Auffaſſung verleitet hat, ſo liegt nun ein Moment der Störung und des Ordnungswidrigen der Willensaction darin, daß der letzteren ein zureichender Grund in Wahrheit nicht unterliegt, ſomit alſo die Willensbeſtimmung nicht in Wahrheit im Dienſte der Sonder-

intereſſen des Handelnden ſteht: der zureichende Grund ſolcher Willensbeſtimmung iſt zwar ein ſubjectiv wahrer, aber ein objectiv unwahrer.

Indem ſomit vis, dolus und error in ihrem Einfluſſe auf die Willensbeſtimmung das gemeinſame Merkmal an ſich tragen, daß dieſelben den zureichenden Grund dieſer Willensbeſtimmung zu einem unwahren geſtalten, ſo liegt nun auch in dieſem Merkmale der entſcheidende Grund, um deſſen willen die Theorie der durch vis, dolus oder error beeinflußten Willensbeſtimmung beim Rechtsacte die Rechtswirkſamkeit abſprach. Denn daraus allein erklärt ſich, daß anderen machtvollen Impulſen des Willens und ſo insbeſondere der Furcht an ſich die rechtliche Relevanz verſagt iſt[195]), indem bei der Furcht in Wahrheit nicht ein fremdes Sonderintereſſe die Willensbeſtimmung des Handelnden leitet, da die berechnete Einwirkung des Dritten mittelſt vis hier mangelt.

Der im Obigen entwickelte Geſichtspunkt tritt nun aber in der That in der römiſchen Theorie zu Tage: dieſelbe erkennt an, daß bei vis, wie dolus und error eine wirkliche Willensbeſtimmung des Handelnden vorliegt; allein dieſe Willensbeſtimmung wird vom Standpunkte der aequitas aus für rechtsunwirkſam erklärt, weil ſie fehlerhaft oder ordnungswidrig iſt; und der Grund wiederum ſolcher Ordnungswidrigkeit kann nur darin gefunden werden, daß die Willensbeſtimmung auf einen unwahren, ſonach nicht zureichenden Grund ihrer ſelbſt ſich ſtützt. Und dem entſprechend wird nun auch das Vorhandenſein einer wirklichen voluntas ſelbſt bei vis anerkannt von

Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 5): quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; de Libert. (D. XL, 9, 17. pr.): si — coactus — voluntatem

195) Wo in obiger Beziehung die Quellen von metus ſprechen, da iſt ſolches reine Breviloquenz: nicht die Furcht im Allgemeinen, ſondern die durch vis hervorgerufene Furcht allein iſt darunter verſtanden. Die correcte Bezeichnung iſt vis et metus, ſo im älteſten, octavianiſchen Edicte, oder vis metusque, ſo Ulp. 55 ad Ed. (D. XL, 12, 16. § 1) oder vis atque metus, ſo Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 17, 116. pr.). Dagegen im mittleren Edicte und bei Ulp. 10 ad Ed. (D. XXXVII, 15, 7. § 2), 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 3) wird durch vis metusve geſchieden die vis und der durch vis hervorgerufene metus: Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 1).

accomodaverit; vgl. Cels. 15 Dig. (D. XXIII, 2, 22): si patre cogente ducit uxorem, — — contraxit tamen matrimonium — —: maluisse hoc videtur.

Und dieſe Vorausſetzung allein erklärt es auch, daß Rechtsmittel wegen vis, dolus und error gegeben ſind, welche nicht Nullität des betreffenden Actes geltend machen, ſondern denſelben lediglich reſcindiren, ſomit alſo jenen Act als an ſich rechtsbeſtändig vorausſetzen; denn dann, wenn vis, dolus und error die wirkliche Willensbeſtimmung aufhöben, wäre nicht Reſciſſion, als vielmehr nur Geltendmachung der obwaltenden Nullität denkbar und möglich.

Andrerſeits wiederum die Illegalität, der Mangel der Rechtswirkſamkeit der durch vis, wie error beeinflußten Willensbeſtimmung wird ausgeſprochen von

Dosith. de Man. § 7: non intelligitur voluisse, qui coactus manumisit;

Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. pr.): quoties volens alium heredem scribere alium scripserit, — — placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur;

wo allenthalben die Negation nicht die Wirklichkeit, ſondern lediglich die Legalität, die Rechtswirkſamkeit der voluntas betrifft [196].

§ 30.

Nähere Beſtimmung der Relevanz von vis, dolus und error in der Willensbeſtimmung beim Rechtsacte.

Der in § 29 dargelegte leitende Geſichtspunkt der aequitas, daß vis, dolus und error nicht die Willensbeſtimmung ſelbſt

196) Bei Dosith. cit. iſt ſignificant das „non intelligitur voluisse", womit abſichtlich ein non voluit vermieden wird. Wegen Ulp. cit. vgl. Voigt a. O. A. 1, woſelbſt auch Pomp. 34 ad Sab. (D. XXXIX, 3, 20), Diocl. et Max. im C. Just. I, 18, 8. ihrem Sinne nach feſtgeſtellt ſind. Wegen Jul. 1 Dig. bei Ulp. 3 ad Ed. (D. V, 1, 2. pr.) und bei Ulp. 2 de Omn. Trib. (D. II, 1, 15), ſowie Ulp. ſelbſt l. c. und 11 ad Ed. (D. L, 17, 116. § 2), endlich Diocl. et Max im C. Just. I, 18, 9. vgl. Voigt, a. O. § 12; und in gleicher Weiſe iſt auch zu beurtheilen Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 17, 116. pr.): nihil consensui tam contrarium est, — quam vis atque metus. Voigt, a. O.

zerstören und deren Wirklichkeit aufheben, als vielmehr lediglich deren Wahrheit vernichten, leitet bezüglich der Relevanz von Jenen ohne Weiteres zu dem Postulate, als der einfachen Consequenz jener Prämisse hin, daß der unwahren Willensbestimmung die wahre zu substituiren, somit also das Irrige oder Erzwungene selbst durch das Richtige oder Freie zu ersetzen sei, wie ja auch von dieser nämlichen Consequenz des Gedankens die Ordnung bestimmt wird, welche beim error, dolus oder vis in der Willenserklärung Platz greift, wo die unwahre Willenserklärung durch die wahre berichtigt und ersetzt wird (§ 26). Dennoch aber kommt bei error in der Willensbestimmung, ebensowenig wie bei entsprechendem dolus oder vis jene Consequenz nicht zur Geltung, weil ihre Anwendung auf unüberwindliche Hindernisse stößt: denn da bei error in der Willensbestimmung, wie bei vis und dolus in ihrer Einwirkung auf dieselbe lediglich die unwahre Willensbestimmung zur Ausprägung in der Wirklichkeit gelangt, der wahre Wille dagegen gar nicht wirklich geworden ist, so kann nun auch der Letztere nicht an die Stelle des Ersteren treten, weil derselbe immer nur eine nicht existente Größe ist, die nur im seltensten und unberechenbaren Falle mit jenem Grade von Sicherheit sich schaffen oder bestimmen lassen würde, wie solches bei der Willenserklärung möglich ist. Daher fehlt es hier in der That vollständig an derjenigen Größe, die sich als das Wahre an die Stelle des Unwahren setzen ließe, daher das Recht gar nicht in der Lage ist, der Willensbestimmung im Falle von error, dolus oder vis eine Rectification zu Theil werden zu lassen[197]. Hierdurch aber wird das Recht ohne Weiteres darauf hingewiesen, von solcher Rectification abzusehen und darauf sich zu beschränken, solcher mangelhaften Willensbestimmung einfach den

197) Durchaus parallel ist der Satz: die Interpretation kann wohl den Defect in der Willenserklärung, nicht aber in der Willensbestimmung ergänzen: A. 164. Die Tendenz an sich aber, solche Rectification eintreten zu lassen, bekundet sich in der That und zwar in dem Falle, wo mit dem error in der Willensbestimmung ein wahrer Zusatz, eine vera demonstratio sich verbindet und wo nun nach Maaßgabe der Letzteren jener error emendirt wird: A. 174 c. Voigt im Arch. f. civ. Prax. 1870. Bd. 53. § 4 unter C.

juriſtiſchen Effect zu verſagen und etwa daneben vis und dolus als Delict zu behandeln, ſonach alſo mit einer Strafe zu belegen.

Prüft man nun nach Maaßgabe der obigen, wie der in § 29 feſtgeſtellten Vorderſätze die Theorie des römiſchen Rechtes über die Relevanz von vis, dolus und error in der Willensbeſtimmung, ſo tritt die überraſchende Wahrnehmung zu Tage, daß die einſchlagende Rechtsordnung zwar in gewiſſen Beziehungen jenen Vorderſätzen conform iſt, in überwiegender Maaße dagegen von ganz anderen leitenden Geſichtspunkten ausgeht, inſofern der vis, dem dolus und dem error in der Willensbeſtimmung durchaus nicht an für ſich ſchon und ſchlechthin juriſtiſche Relevanz beigemeſſen iſt, als vielmehr nur bedingt, nämlich unter dem beſchränkenden weiteren Erforderniſſe, daß eine Vermögensſchädigung des Betroffenen aus der vis, dem dolus, wie aus dem error reſultire. Und dies nun ergiebt in Wahrheit ganz andere ſyſtematiſche Geſichtspunkte für die Relevanz-Erklärung von vis, dolus und error. Denn ſobald die Letzteren nicht ſchon an ſich, ſondern einzig und allein nur die vermögensſchädigenden vis, dolus und error Relevanz gewinnen, ſomit alſo nicht um ihrer ſelbſt willen, ſondern um der aus ihnen hervorgehenden Vermögensſchädigung willen die bezüglichen Rechtsmittel begründen, ſo iſt der leitende Geſichtspunkt ſolcher Relevanz-Erklärung nicht in der die Willensbeſtimmung entſtellenden Einwirkung gegeben, als vielmehr darin, daß vermittelſt ſolcher eine gemißbilligte Vermögensſchädigung des Anderen herbeigeführt wird oder, mit anderen Worten, die Repreſſion von vis, dolus und Nachtheil aus dem error ſtützt ſich diesfalls nicht auf die voluntatis ratio, als vielmehr auf das Princip: nemo cum damno alterius locupletior fieri debet, wohingegen wiederum inſoweit, als vis, dolus und error zu ihrer Relevanz nicht eine Vermögensſchädigung des Betroffenen erfordern, der Geſichtspunkt der voluntatis ratio, des ordnungswidrigen Einfluſſes auf die Willensbeſtimmung in Wahrheit Platz greift.

Das römiſche Recht aber hat nun in der That jene beiden zwiefältigen Geſichtspunkte neben einander adoptirt bei ſeinen Ordnungen wider vis, dolus und error. Und zwar iſt dieſes

mit der Unterſcheidung geſchehen, daß bezüglich der Rechtsacte unter Lebenden von dem Geſichtspunkte aus des Principes nemo cum damno alterius locupletior fieri debet ebenſo vis, wie dolus und error mit Relevanz bekleidet worden ſind: denn diesfalls erfordert der die einſchlagenden Rechtsmittel begründende Thatbeſtand als weſentlichen Moment nicht bloß die betreffende Störung der Willensbeſtimmung, ſondern auch eine Vermögensſchädigung des von der vis [198]), dem dolus [199]) oder dem error [200]) Betroffenen. Dahingegen bezüglich der Teſtamente werden dieſe Einwirkungen auf die Willensbeſtimmung dem in § 29 nachgewieſenen Geſichtspunkte und ſomit der voluntatis ratio unterſtellt [201]): denn indem hier der durch vis, dolus oder error Betroffene und der dadurch Geſchädigte nicht ein und dieſelbe Perſon, als vielmehr zwei verſchiedene Individuen ſind, ſo ſind nun hier die Rechtsfolgen von vis, dolus und error in der That davon unabhängig, ob der dadurch Betroffene ſelbſt zugleich eine Vermögensbeſchädigung erleidet oder nicht [202]).

Jene Verſchiedenheit aber des leitenden und principiellen Geſichtspunktes hinſichtlich der für vis, dolus und error geſetzten Rechtsordnung [203]) reflectirt nun auch in den Mitteln und Wegen, durch welche das Recht der ſo beeinflußten Willensbeſtimmung den juriſtiſchen Effect verſagt. Denn weil der Einfluß von vis und dolus auf die Rechtsacte unter Lebenden

198) Jul. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 12. § 2): propter naturam quod metus causa actionis, quae damnum exigit; Ulp. l. c. (D. cit. 14. pr.): cessare hoc edictum, quia nihil tibi abest.

199) Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. pr. fr. 13. § 1. fr. 15. pr. fr. 9. § 5. fr. 11), Paul. 11 ad Ed. (D. eod. 10).

200) Voigt im Archiv. f. civil. Prax. 1871. Bd. 54. § 16.

201) Den beſtimmteſten Beweis für dieſe Thatſache bietet der Rechtsſatz: de statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt. A. 657 a.

202) Voigt, a. O. § 16. a. E.

203) Unſere moderne Rechtswiſſenſchaft legt allgemein dem römiſchen Rechte den Geſichtspunkt unter, daß daſſelbe vis, dolus und error um der Störung willen, die ſie auf die Willensbeſtimmung ausüben, mit Relevanz bekleidet habe; dies iſt jedoch inſofern unwahr, als dieſer Geſichtspunkt die bei weitem beſchränktere Sphäre beherrſcht.

juriſtiſchen Effect zu verſagen und etwa daneben vis und dolus als Delict zu behandeln, ſonach alſo mit einer Strafe zu belegen.

Prüft man nun nach Maaßgabe der obigen, wie der in § 29 feſtgeſtellten Vorderſätze die Theorie des römiſchen Rechtes über die Relevanz von vis, dolus und error in der Willensbeſtimmung, ſo tritt die überraſchende Wahrnehmung zu Tage, daß die einſchlagende Rechtsordnung zwar in gewiſſen Beziehungen jenen Vorderſätzen conform iſt, in überwiegender Maaße dagegen von ganz anderen leitenden Geſichtspunkten ausgeht, inſofern der vis, dem dolus und dem error in der Willensbeſtimmung durchaus nicht an für ſich ſchon und ſchlechthin juriſtiſche Relevanz beigemeſſen iſt, als vielmehr nur bedingt, nämlich unter dem beſchränkenden weiteren Erforderniſſe, daß eine Vermögensſchädigung des Betroffenen aus der vis, dem dolus, wie aus dem error reſultire. Und dies nun ergiebt in Wahrheit ganz andere ſyſtematiſche Geſichtspunkte für die Relevanz-Erklärung von vis, dolus und error. Denn ſobald die Letzteren nicht ſchon an ſich, ſondern einzig und allein nur die vermögensſchädigenden vis, dolus und error Relevanz gewinnen, ſomit alſo nicht um ihrer ſelbſt willen, ſondern um der aus ihnen hervorgehenden Vermögensſchädigung willen die bezüglichen Rechtsmittel begründen, ſo iſt der leitende Geſichtspunkt ſolcher Relevanz-Erklärung nicht in der die Willensbeſtimmung entſtellenden Einwirkung gegeben, als vielmehr darin, daß vermittelſt ſolcher eine gemißbilligte Vermögensſchädigung des Anderen herbeigeführt wird oder, mit anderen Worten, die Repreſſion von vis, dolus und Nachtheil aus dem error ſtützt ſich diesfalls nicht auf die voluntatis ratio, als vielmehr auf das Princip: nemo cum damno alterius locupletior fieri debet, wohingegen wiederum inſoweit, als vis, dolus und error zu ihrer Relevanz nicht eine Vermögensſchädigung des Betroffenen erfordern, der Geſichtspunkt der voluntatis ratio, des ordnungswidrigen Einfluſſes auf die Willensbeſtimmung in Wahrheit Platz greift.

Das römiſche Recht aber hat nun in der That jene beiden zwiefältigen Geſichtspunkte neben einander adoptirt bei ſeinen Ordnungen wider vis, dolus und error. Und zwar iſt dieſes

mit der Unterſcheidung geſchehen, daß bezüglich der Rechtsacte unter Lebenden von dem Geſichtspunkte aus des Principes nemo cum damno alterius locupletior fieri debet ebenſo vis, wie dolus und error mit Relevanz bekleidet worden ſind: denn diesfalls erfordert der die einſchlagenden Rechtsmittel begründende Thatbeſtand als weſentlichen Moment nicht bloß die betreffende Störung der Willensbeſtimmung, ſondern auch eine Vermögensſchädigung des von der vis [198]), dem dolus [199]) oder dem error [200]) Betroffenen. Dahingegen bezüglich der Teſtamente werden dieſe Einwirkungen auf die Willensbeſtimmung dem in § 29 nachgewieſenen Geſichtspunkte und ſomit der voluntatis ratio unterſtellt [201]): denn indem hier der durch vis, dolus oder error Betroffene und der dadurch Geſchädigte nicht ein und dieſelbe Perſon, als vielmehr zwei verſchiedene Individuen ſind, ſo ſind nun hier die Rechtsfolgen von vis, dolus und error in der That davon unabhängig, ob der dadurch Betroffene ſelbſt zugleich eine Vermögensbeſchädigung erleidet oder nicht [202]).

Jene Verſchiedenheit aber des leitenden und principiellen Geſichtspunktes hinſichtlich der für vis, dolus und error geſetzten Rechtsordnung [203]) reflectirt nun auch in den Mitteln und Wegen, durch welche das Recht der ſo beeinflußten Willensbeſtimmung den juriſtiſchen Effect verſagt. Denn weil der Einfluß von vis und dolus auf die Rechtsacte unter Lebenden

198) Jul. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 12. § 2): propter naturam quod metus causa actionis, quae damnum exigit; Ulp. l. c. (D. cit. 14. pr.): cessare hoc edictum, quia nihil tibi abest.

199) Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. pr. fr. 13. § 1. fr. 15. pr. fr. 9. § 5. fr. 11), Paul. 11 ad Ed. (D. eod. 10).

200) Voigt im Archiv. f. civil. Prax. 1871. Bd. 54. § 16.

201) Den beſtimmteſten Beweis für dieſe Thatſache bietet der Rechtsſatz: de statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt. I. 657a.

202) Voigt, a. O. § 16. a. E.

203) Unſere moderne Rechtswiſſenſchaft legt allgemein dem römiſchen Rechte den Geſichtspunkt unter, daß daſſelbe vis, dolus und error um der Störung willen, die ſie auf die Willensbeſtimmung ausüben, mit Relevanz bekleidet habe; dies iſt jedoch inſofern unwahr, als dieſer Geſichtspunkt die bei weitem beſchränktere Sphäre beherrſcht.

um der dadurch bewirkten Vermögensſchädigung willen mit Relevanz bekleidet iſt, ſo iſt nun das Ziel, welches den hier einſchlagenden Rechtsmitteln geſetzt iſt, nicht etwa den durch vis [204]) oder dolus [205]) beeinflußten Rechtsact zu annulliren, als vielmehr Entſchädigung dem Verletzten zu gewähren; und auf dieſes Ziel richtet ſich direct die bon. fid. actio und, in der richterlichen iudicatio, die a. quod metus causa und de dolo, ſowie indirect, nämlich durch das Mittel der Reſciſſion ebenſo die restitutio in integrum, wie in der richterlichen pronuntiatio die a. quod metus causa und de dolo. Dahingegen bei den Teſtamenten, weil hier vis und dolus wegen der dadurch bewirkten Störung der Willensbeſtimmung mit Relevanz bekleidet ſind, iſt das Ziel der gewährten Rechtshülfe nicht Reſciſſion oder Entſchädigung, als vielmehr einzig und allein Nullität, daher hier nun vis und dolus den Effect haben, das dadurch begründete Rechtsverhältniß zu annulliren (§ 59). Und hiermit harmonirt auch, daß der error in dieſer letzteren Beziehung ebenfalls annullirenden Effect hat, und wiederum bei den gerichtlichen Acten restit. in integr., ſomit Reſciſſion bewirkt; wenn dagegen bei den Rechtsgeſchäften unter Lebenden der error, abweichend von der obigen Ordnung, ebenfalls Nullität bewirkt, ſo iſt dies eine Anomalie, die aus hiſtoriſchen Gründen ſich erklärt, daraus nämlich, daß zu der Zeit, wo die Rechtswiſſenſchaft die Theorie von der Relevanz des error in der Willensbeſtimmung aufſtellte, in der zweiten Periode nämlich, dieſelbe nicht mehr die Macht beſaß, eine ganz neue und ſelbſt-

---

204) Außer den von der vis bezüglich des Teſtamentes handelnden und hierfür Nullität bekundenden Stellen findet ſich noch eine Mehrzahl von ſolchen, welche auch in anderen Beziehungen Nullität zu ſtatuiren ſcheinen und welche zuſammengeſtellt ſind bei Schliemann, Lehre vom Zwange 60 fg. Dieſe Stellen werden in Buch II beſprochen und dabei deren Vereinbarkeit mit der Theorie von der reſcindirenden Wirkung der vis dargelegt werden.

205) Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 16. § 1), Jul. daſ. (D. IV, 3, 7. pr.) und Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 2, 3. § 3) ſcheinen diesfalls auch Nullität als Effect des dolus zu ſtatuiren; es wird jedoch in Buch II das Gegentheil dargelegt werden. Dagegen bei Ulp. 40 ad Sab. (D. XXVI, 8, 5. § 2) ſind es die Rechtsſätze von der Tutel, welche den Contract annulliren.

ständige actio de errore mit rescissorischer oder entschädigender Tendenz zu schaffen [206].

Nach Alle dem aber bestimmt sich die hier zufallende Aufgabe: vis, dolus und error, insoweit dieselben die Willensbestimmung bei Rechtsacten unter Lebenden influiren, fallen den Aufgaben von Buch II anheim, während hier dieselben nur insoweit in Betracht kommen, als sie die Willensbestimmung bei Testamenten stören. Die hier eingreifende Theorie aber findet in § 59 ihre für die hier maaßgebenden Zwecke genügende Darstellung.

---

206) Die nähere Darlegung dieser historischen Verhältnisse fällt dem Buch II anheim.

Zweite Abtheilung.

Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien.

Erſte Periode.

Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien bis zu Ausgang der Republik.

Erſter Abſchnitt.

Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien bis zur Mitte des ſechſten Jahrhunderts d. St.

§ 31.

Die hiſtoriſche Stellung im Allgemeinen der Principien.

Die in § 2—14 dargelegten Sätze ergeben für den rigor den Begriff des ſolennen Actes gleich als den Mittelpunkt des Kreiſes, welcher von dem betrachteten Principe beherrſcht wird, und an welchen ſich nun die beiden Hauptpoſitionen anlehnen: das Weſen des Rechtsactes beruht in deſſen ſolenner Wortform, dictum, verbum und dergl., ſomit in ſeiner Beſchaffenheit als ſolenner verbaler Act; und dieſe ſolenne Form iſt das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes. Als Conſequenz aber hieraus ergiebt ſich, daß für die Rechtsverbindlichkeit des Rechtsactes nicht in Betracht kommt die Willensbeſtimmung des Handelnden und noch weit weniger daher die pſychiſche Beſchaffenheit ſolcher Willensbeſtimmung (§ 1).

Dagegen für die aequitas tritt der Begriff des unſolennen Actes als das Centrum auf, an welches die drei entgegenſtehenden Hauptpoſitionen in § 15—30 ſich anlehnen: das

Wesen des Rechtsactes beruht nicht in dessen Form, als vielmehr in der darin kundgegebenen Willensbestimmung: actum, res oder dergl.; diese Willensbestimmung selbst aber, voluntas, mens, sententia oder dergl. ist das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes; und, um fehlerfrei zu sein, darf diese Willensbestimmung nicht durch vis, dolus oder error beeinflußt sein § 1).

Indem nun gegenwärtig die Betrachtung auf den historischen Standpunkt übertritt, jene beiden Principien in ihrer historischen Ausprägung und Entwickelung darzulegen, und indem somit jene theoretischen Lehrsätze in ihrer Verwirklichung als historische Erfahrungssätze zu beobachten sind, so gestaltet sich nun solches historische Bild verschieden je in den verschiedenen geschichtlichen Zeiträumen. Und zwar zunächst während des ersten Abschnittes der ersten Periode: bis zur Mitte des sechsten Jahrhunderts d. St. greift bezüglich des rigor die historische Ordnung Platz, daß derselbe, von vereinzelten Ausnahmen abgesehen, das Recht ausschließlich beherrscht, somit aber nur der solenne Act Rechtsact ist und somit auch jene theoretischen Lehrsätze, daß das Wesen des Rechtsactes in dessen solenner verbaler Form beruht und diese solenne Willenserklärung das rechtsverbindliche Element von jenem ist, zugleich als praktische und historische Rechtssätze auftreten.

Dagegen die aequitas herrscht, von jenen nämlichen Ausnahmen abgesehen, gar nicht in der Rechtssphäre, als vielmehr lediglich innerhalb der bürgerlichen Sitte oder der mores, daher nun der unsolenne Act nicht Rechtsact ist, als vielmehr lediglich dem Gebiete der bürgerlichen Sitte anheimfällt, somit aber nur eine rein sociale, nicht aber eine juristische Handlung ist. Und demgemäß gewinnen daher die theoretischen Sätze der aequitas hier die historische Ausprägung: das Wesen des einfachen Lebensgeschäftes, des rein socialen oder nicht juristischen Actes beruht in der darin kundgegebenen Willensbestimmung und diese selbst ist das verbindliche Element solchen Actes, wobei aber dieselbe, um fehlerfrei zu sein, nicht durch vis oder dolus beeinflußt sein darf.

Sonach aber fällt während dieses Zeitraumes der hier in Frage stehende Gegensatz der beiden Principien in der Haupt-

ſache gar nicht in das Rechtsgebiet hierin, als vielmehr neben ſolches, einerſeits die Sphäre des Rechtes deckend, andrerſeits dem Gebiete der bürgerlichen Sitte congruent und ſomit in dem Gegenſatze von ius und mores ſelbſt ſeine gegenſätzliche Ausprägung findend. Und indem ſomit die verbindliche Kraft der ſolennen Form des Rechtsactes auf dem Geſetze des ius, die verbindliche Kraft der kundgegebenen Willensbeſtimmung des einfachen Lebensgeſchäftes aber auf dem Geſetze der mores beruht, und nun das pflichtgemäße Verhalten des ſo Verpflichteten, welches die Verbindlichkeit dort der ſolennen Form, hier der kundgegebenen Willensbeſtimmung anerkennt und beobachtet, dort iustitia, hier aber fides heißt, ſo treten nun iustitia und fides in einen mit ius und mores correſpondirenden Gegenſatz (vgl. Thl. I § 12): das ius erfordert von dem Rechtsſubjecte die iustitia, als diejenige Eigenſchaft oder dasjenige Verhalten deſſelben, welches übereinſtimmend iſt mit den Vorſchriften ſeiner ſelbſt über die Verbindlichkeit der Rechtsacte[207]), wogegen die mores von dem Menſchen die fides erfordern als diejenige Eigenſchaft oder dasjenige Verhalten, welches übereinſtimmt mit den Anforderungen der mores über die Verbindlichkeit der nicht durch Rechtsact übernommenen Verpflichtungen oder über die Verbindlichkeit des gegebenen Wortes oder von Treue und Glauben (Beil. XVIII. § III). Daher ſtehen iustitia und fides ganz unabhängig neben einander, wie dies ſich ausprägt theils in der Nebeneinanderſtellung der Justitia und Fides als zweier verſchiedener Göttergeſtalten (A. 209), theils auch in dem Gegenſatze von iustitia und fides und in der Gegenüberſtellung des iustus homo und bonus vir, und ſo zwar

iustitia et fides, fides iustitiaque bei Cic. de Rep. II, 14, 26. de Off. I, 33, 121. II, 9, 32. III, 20, 79. 82. 29, 104. de Orat. I, 52, 224. ad Fam. XIII, 28ª, 1. 2. Sicc. Flacc. de cond. agr. 135, 10. Plut. Aem. Paul. 2. (δικαιοσύνη καὶ πίστις); vgl. Cic. de Off. III, 29, 107: est ius etiam bellicum fidesque iurisiurandi saepe cum hoste servanda;

207) Cic. de Leg. I, 15, 42: iustitia est obtemperatio scriptis legibus institutisque populorum.

iustus homo und bonus vir: Cic. de Off. I, 10, 31: iustus homo isque, quem virum bonum dicimus; II, 9, 33: iustis autem et fidis hominibus id est viris bonis; Schol. in Pers. II, 73: iustus et innocens et fidelis esse.

Jene Sonderung ſelbſt und Gegenüberſtellung von iustitia und fides[208]) beruht aber auf der leitenden Grundanſchauung, daß bei der ganzen Haltung des älteſten Rechtes und namentlich bei ſeiner Fürſorge, in zweifelsfreier und Mißdeutung ausſchließender Weiſe die Thatſache des Geſchäftsabſchluſſes zu markiren, die dadurch begründete Verbindlichkeit zu begränzen und zu proceſſualiſcher Liquidität zu erheben, ſomit aber bei der ſo gegebenen Gewißheit über Exiſtenz und Umfang der rechtlichen Verbindlichkeit und bei der Sicherheit über den Ausgang des caute geführten Proceſſes, die Erfüllung der obliegenden Verbindlichkeit in keiner Weiſe eine Sache der fides oder der Gewiſſenhaftigkeit des Verpflichteten, als vielmehr rein Sache der iustitia und der Klugheit war, das in dem Proceſſe drohende ſichere und gefährliche Uebel zu vermeiden. Daher verblieb für die fides lediglich die ſogenannte moraliſche Pflicht oder die Verbindlichkeit, welche nicht durch Rechtsgebot, als vielmehr lediglich durch das Gebot der bürgerlichen Sitte begründet und durchaus nur auf die Gewiſſenhaftigkeit des Verpflichteten geſtellt war.

Wie daher in dem hier betrachteten Zeitraume die in Frage ſtehenden Principien der aequitas in der fides, als dem entſprechenden Verhalten des Menſchen ihre Vertretung finden, dieſe fides ſelbſt aber, wie bemerkt, allein durch die mores, nicht durch das ius getragen wurde, ſomit lediglich die einfachen Lebensgeſchäfte, nicht aber die Rechtsgeſchäfte beherrſchte, ſo nun wird andrerſeits von der römiſchen Volksanſchauung ſelbſt dieſes Zeitraumes jene fides mit ihren leitenden Principien durchaus noch nicht dem Begriffe des aequum et bonum unterſtellt und deſſen Sphäre eingeordnet, vielmehr ſtehen fides

---

208) Vgl. auch Sen. de Ben. III, 15, 1: utinam nulla stipulatio emptorem venditori obligaret nec pacta conventaque impressis signis custodirentur, fides potius illa servaret aequumque colens animus!

und aequitas einander noch ganz fremd und unzubehörig gegenüber. Denn der für dieſen Zeitraum maaßgebende Begriff der aequitas beſtimmt ſich, wie in Buch II darzulegen iſt, als Summe der Pflichtgebote, welche das äußere Verhalten hinſichtlich der Vermögensintereſſen regeln und insbeſondere auch collidirenden Vermögensintereſſen allſeitig Rechnung zu tragen erheiſchen; und dieſem Begriffe der aequitas ſteht die fides mit ihren Pflichtgeboten als etwas ganz Selbſtſtändiges, Eigenartiges und Fremdes gegenüber. Und dem entſpricht auch, daß mit den arbitria der leg. a. per iudicis postulationem, welche im Gegenſatze zu den iudicia ſolche pecuniäre oder ökonomiſche aequitas vertreten, jene fides in keiner weſentlichen und inneren, begrifflich nothwendigen Relation und Zubehörigkeit ſteht: die Rechtsgeſchäfte, welche jene arbitria als ihr Schutzmittel zur Seite haben und begründen, unterfallen in der gleichen Maaße wie die Rechtsgeſchäfte, welche iudicia erzeugen, dem ius und der iustitia, nicht aber der Herrſchaft der fides in der hier fraglichen Richtung: ſie ſind ſolenne Acte, deren rechtsverbindliches Element die ſolenne Willenserklärung iſt (§ 32). Und dieſe Thatſache, daß ſo von Alters her aequitas und fides einander fremd und unabhängig gegenüberſtehen, wird auch hiſtoriſch dadurch bekundet, daß Beide ſelbſtſtändig neben einander apotheoſirt worden ſind: die Aequitas und die Fides ſind zwei völlig verſchiedene Göttergeſtalten[209].

Sonach aber zog die Volksanſchauung dieſes Zeitraumes den Gegenſatz der hier betrachteten Principien noch nicht in die Sphären von rigor und aequitas herein, vielmehr ſtützte dieſelbe dieſen letzteren Gegenſatz ausſchließlich noch auf andere Principien, nämlich auf das Princip nemo cum damno alterius locupletior fieri debet, oder mit anderen Worten: es

209) Hartung, Rel. d. Röm. II, 264. Preller, r. Myth. 629. 224. Marquardt, r. Alterth. IV, 22. Der Cultus der Fides iſt uralt: § 41; wegen des höheren Alters vom Cultus der Aequitas vgl. Ritschl, de fictil. litter. Latin. antiq. Bonn. 1853. Neben Beiden ſteht als dritte Göttergeſtalt die Justitia: Preller, a. O. 629. Vgl. Hommel, iurisprud. numismat. illustr. 1. 219. Klotz, auctar. iurispr. numismat. 48. 82. Dion. II, 75. ſowie A. 347.

nur während dieſes Zeitraumes der Begriff der aequitas ein anderer als ſpäter, und zwar bedeutend enger, namentlich aber das Princip der voluntas noch nicht mit umfaſſend.

§ 32.

Das Herrſchaftsgebiet des rigor.

Das Herrſchaftsgebiet des rigor während des hier betrachteten Zeitraumes iſt nach § 31 das ius im Gegenſatze der mores: das ius unterliegt in ſeiner Geſammtheit der ausſchließlichen Herrſchaft der hier fraglichen Principien des verbum und wird demnach von den beiden Sätzen beherrſcht: das ſolenne Wort iſt ebenſo ein grundweſentliches Merkmal, als auch das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes. Dieſen beiden Sätzen unterfällt nun, wie geſagt, das geſammte Recht, ſomit ebenſo das Völker- und insbeſondere das Fetial-Recht, wie das Sacral- und Staats-Recht[210]) und das Privatrecht; allein die Darlegung der hiſtoriſchen Ausprägung jener beiden principiellen Sätze in allen dieſen Rechtsgebieten würde über die hier geſtellte Aufgabe hinausgreifen, da hier vielmehr nur für das Privatrecht jene Darlegung erforderlich iſt. Nur ein einziger, dem Staatsrechte angehöriger Rechtsact hat den Anſpruch, eine beſondere Erwähnung hier zu finden, der Erlaß der Geſetze. Dieſer Act aber iſt zunächſt in ſolenne Worte gekleidet: der regirende Magiſtrat richtet an die Comitien eine auf die Annahme der lex gerichtete Frage, und auf ſolche ertheilt ſodann jeder einzelne Theilnehmer der Verſammlung mündliche Antwort, Alles dies in ſolennen Worten (A. 87), ſo daß hierin eine Form uns entgegentritt, welche in ihren Grund-

---

210) Vgl. im Allgemeinen Rubino, Unterſuchungen 255. Was das Völkerrecht betrifft, ſo iſt insbeſondere jeder Act des Fetialrechtes in ſolenne Worte gekleidet; im Uebrigen vgl. § 5 und wegen der Dedition Thl. II § 38. Wegen des Sacralrechts ſ. § 2 unter a und § 5, insbeſondere A. 12. 13. 96. 98. Liv. XXII, 9. XXXIV, 44. in § 2 cit., ſowie Marquardt r. Alterth. IV, 226. 229. Preller, r. Myth. 117 fg. 126. Wegen des Staatsrechtes ſ. § 2 unter b. A. 12. 13. 87. Ausnahmen werden dadurch begründet, daß ein Rechtsact durch beſondere Clauſel ausdrücklich der Herrſchaft der fides unterſtellt wird: § 5 a. E.; eine weitere Ausnahme ergiebt der Eid: § 36 unter 7.

zügen — in Wahrheit aber auch lediglich in dieſen — einen Parallelismus mit der Stipulation darbietet, wie ſolches auch von Pap. 1 Def. (D. I, 3, 1) anerkannt wird. Richtete ſich nun jene Antwort auf die Annahme der lex, ſo lautete, entſprechend der Anfrage: velitis, iubeatis, Quirites, hoc sic fieri? die Antwort: uti rogas (sc. ita volo, iubeo ſ. A. 87). Somit begegnen wir in dieſer Formel jenem in der älteſten Rechtsſprache ebenſo häufigen, wie characteriſtiſchen uti, wodurch die Form der kund gegebenen Willensbeſtimmung: das Wort, im Gegenſatz zu deren Gehalte: zu dem Ea quae (dicis oder dergl.) oder dem kundgegebenen Gedanken als dasjenige Element anerkannt wird, welches die Sphäre beſtimmt und begränzt, innerhalb deren das betreffende Individuum gebunden iſt (ſ. § 5). Wenn daher bereits dieſer Moment die Geltung des zweiten Satzes, daß das kundgegebene Wort das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes iſt, auch bezüglich der lex ergiebt, ſo wird dies überdem auch durch zahlreiche Zeugniſſe bekundet[211]). Gleichwohl aber tritt gerade in dieſer Beziehung zuerſt eine Abſchwächung des Principes und die Zulaſſung von Ausnahmen hervor, in denen die entgegengeſetzte Poſition der aequitas zur Geltung gelangt, nämlich darin, daß man gegenüber dem Strafgeſetze der Handlung, welche ein fraudem facere legi oder in fraudem legis facere[212]) enthielt d. h. daſſelbe ſeinem Wortlaute und Wortſinne nach reſpectirt, wohl aber in dem ihm unterliegenden legiſtatoriſchen Gedanken verletzt, bereits jetzt als dem Geſetze unterfallend auffaßte und beſtrafte, wie ebenſo der Vorgang des C. Licinius Stolo v. J. 397[213]), als auch

211) Daß die Interpretation bei der lex die gleiche iſt, wie beim Rechtsgeſchäfte, ſomit lex, testamentum, iudicatum, stipulatio, cautio insgeſammt als scripta der gleichen Theorie unterfallen, beſagt z. B. Cic. Orat. Part. 31, 107. Top. 26, 96. Im Uebrigen vgl. § 9—12. Beil. XVII. § III.

212) Legi fraudem facere: Plaut. Mil. II, 2, 9. Liv. VII, 16, 9. X, 13, 10. Quint. Decl. 264. Anton. Pius in Inst. Just. I, 8, 2. u. a. m. bei Brisson. de V. S. s. v. In fraudem legis facere: Paul. ad l. Cinc. (D. I, 3, 29). Die Begriffsbeſtimmung ſ. bei Paul. cit. Ulp. 4 ad Ed. (D. I, 3, 30).

213) Liv. VII, 16, 9. Val. Max. VIII, 6, 3. Plin. H. N. XVIII, 2, 17. Col. RR. I, 3, 11. Aur. Vict. de vir. ill. 20. Plut. Cam. 39. So

die bei Plautus bereits ausgeprägte entsprechende Anschauung (I. 212) beweist.

Was aber das Privatrecht insbesondere betrifft, so prägt sich hier jene erste Position, welche das solenne Wort für den Rechtsact erfordert, in vollster Deutlichkeit als die durchgreifende Regel aus. Denn überblicken wir den Bestand an Rechtsacten zur Zeit der XII Tafeln, so ergeben sich folgende Gruppen mit nuncupativer Solennität:

I. Proceßacte, von welchen an solenne Worte gebunden sind die verschiedenen theils einseitigen, theils zweiseitigen Acte der legisactio in ihren drei Unterarten als leg. a. sacramento, per ind. postul. und per man. iniect.: § 2 unter c. d. e. Dahingegen nicht an solenne, wenn auch an mündliche Rede sind gebunden die in ius vocatio, wie das Verfahren in iudicio.

II. Rechtsgeschäfte mit sacralrechtlicher Form:

1. das testamentum comitiis calatis conditum, zugleich aber auch Erfordernissen rein privatrechtlicher Solennität unterfallend: § 2 unter f—l;

2. die confarreatio und diffareatio als Formen der Eingehung und Lösung der patricischen Ehe[214].

---

auch bei den Vorkommnissen in Liv. XLI, 8. v. J. 577 s. Thl. II. § 30. Das frandem facere legi ist eine Abart der captio s. A. 392.

214) Der Grund, weßhalb die confarreatio nur die patricische Ehe schließen konnte, ist übersehen in dem trefflichen Werke von Roßbach, r. Ehe 95 fg. Er liegt in den Auspicien: die confarreatio erforderte nämlich nothwendig vorausgängige Auspicien, und diese wiederum ruhen in älterer Zeit gleich als eine Machtvollkommenheit und prärogative Befähigung lediglich auf den Patriciern, während der Augur nur als Sachverständiger oder Bevollmächtigter daneben concurrirt; und zwar wird in ältester Zeit der Bräutigam selbst die Zeichenschau vorgenommen und erst später einem Auspex mandirt haben. Die Plebejer dagegen haben keine Auspicien, weder publica, noch privata und können daher weder selbst Zeichenschau vornehmen, noch durch einen Auspex mandata auspicia anstellen lassen, weil auch hierfür die Inhaberschaft der Auspicien erforderlich ist: Becker, r. Alterth. II, 1, 304 fg. IV, 347 fg. Wenn nun allerdings die spätere Zeit alle Ehen auspicirte: Roßbach a. O. 296, so ward doch jetzt die plebejische Ehe gar nicht unter eigenen, als vielmehr unter fremden, nämlich unter den Auspicien des zugezogenen patricischen Auspex vollzogen, was für die confarreatio eben ungenügend war. Dieser Zusammenhang ist mit Sicherheit aus Liv. IV, 2, 5. 6, 2 zu entnehmen.

III. Rechtsgeſchäfte mit ſtaatsrechtlicher Form: arrogatio, wogegen die manumissio censu gar nicht als Rechtsgeſchäft geordnet war, vielmehr hier es genügte, wenn der Gewalthaber die Abſchätzung des Gewaltuntergebenen beim Cenſus geſchehen ließ.

IV. Rechtsgeſchäfte mit privatrechtlicher Form, und zwar

A. zweiſeitige Rechtsgeſchäfte mit zweiſeitig ſolenner Form:

1. nexum und nexi liberatio;

2. mancipatio (ſ. § 3) und reſp. nexi liberatio, erſtere je nach gewiſſen Arten mit beſonderen Wortclauſeln ausgeſtattet[215], wie auch empfänglich, mannichfache leges oder pacta ſowohl dinglicher, wie obligatoriſcher Tendenz in ihre Formel aufzunehmen[216], endlich auch mit der in iure cessio combinirt als Adoption eine neue Rechtsgeſchäfts-Individualität ergebend.

B. Zweiſeitige Rechtsgeſchäfte mit einſeitig ſolenner Form:

1. dotis dictio[217];

---

215) So als testamentum per aes et libram: Gai. II, 104, als dotis datio: Gai. II, 63, als noxae datio (A. 258) und dergl. Und ſo nun auch in der coëmtio, welche beſteht theils aus der Mancipation, welche mit eigenthümlichen Clauſeln verſehen iſt: Cic. de Orat. I, 56, 237 (quibus verbis coëmptio fiat), Gai. I, 123, theils aus einer nuncupativen und ſolennen Eheconſens-Erklärung, worüber ſ. A. 81.

216) So z. B. als Clauſel: ita uti optimus maximusque est (fundus), als lex de servitute praediorum praestanda, als deductio servitutis, als pactum de modo agri, als pactum fiduciae und dergl.

217) Von den mannichfachen Anſichten über das Weſen der dotis dictio können gegenwärtig nur noch zwei in Betracht kommen: die Anſicht von Winckler, Opusc. I, 371 fg., welcher dieſelbe für ein einſeitig ſolennes, und die von Salmas. de Mod. usur. 716 fg., der ſie für ein unſolennes Rechtsgeſchäft erklärt, eine Anſicht, welche in der trefflichen Schrift von Meykow, die Diction d. röm. Brautgabe, Dorp. 1850, wie auch von Arnim, Dotis dictio, Hal. 1854 vertreten iſt. Dieſer letzteren Anſicht ſtehen aber folgende Gründe entgegen: a. Epit. Caj. II, 9, 3 (vgl. Gai. III, 95 in Huſchke, Jurispr. Antei.), der die dotis dictio dem Abſchnitte von den Verbalcontracten (§ 2—11) einordnet und hier der Stipulation und iurata promissio operarum coordinirt, ſomit aber dieſelbe ganz unzweideutig für einen Verbalcontract erklärt; b. dies beſtätigt die techniſche Terminologie dotem „dicere“; c. wäre die dotis dictio unſolennes Rechtsgeſchäft, ſo wäre ſie entweder pactum — und dies iſt ſie ſicher nicht, da ſie unter den contractus rangirt — oder aber Conſenſualcontract —

2. vadimonii promissio des vas oder subvas[218]);

3. gleiche Verwendung erfuhr die confessio in iure und insbeſondere als in iure cessio (ſ. A. 36) welche je nach gewiſſen Arten mit beſonderen Wortelauſeln ausgeſtattet[219]), wie

---

und dies iſt ſie ſicher nicht, da ſie unter dieſen nirgends ſich findet; d. ausdrücklich widerſprechen die Stellen von Arc. et Hon. im C. Th. III, 12, 3: dos, si qua forte solenniter aut data aut dicta aut promissa fuerit, da solenne nie von unformalen Rechtsgeſchäften geſagt wird, und von Theod. et Val. im C. Th. III, 13, 4: ad exactionem dotis — qualiacumque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta, wo die weſtgoth. Interpretation stipulatio wiedergiebt durch stipulatio promittentis, und dictio durch verba iuridica, und woraus allenthalben erhellt, daß bis dahin die dotis dictio nicht durch qualiacumque verba abgeſchloſſen werden konnte, Stellen, deren Entkräftung bei Meykow 21 fg. nicht gelungen iſt; e. die Stellen, auf welche Meykow 14 fg. die Unformalität der dot. dictio ſtützt, erklären ſich durchaus angemeſſen und ungezwungen als Vorverhandlungen über Beſtellung und Höhe der dos oder als Pollicitationen oder als nuda pacta über ſolche. — Alles dies rechtfertigt die obige Auffaſſung, welche auch ſich findet bei Bering, Inſt. § 220. vgl. Kuntze, Inſt. II, 469. — Czyhlarz in Ztſchr. f. R. G. 1868. VII, 244. Dotalr. 114 vertritt wieder die bereits genügend widerlegte Auffaſſung als zweiſeitig ſolennes Geſchäft, die dotis dictio für eine umgekehrte Stipulation erklärend.

218) In Betracht kommt lediglich das alte civile vadimonium und subvadimonium in ſeiner urſprünglichen Geſtalt d. h. bevor daſſelbe in die honorariſche cautio iudicio sisti umgewandelt und damit in Stipulationsform gekleidet worden war. Jenes vadimonium iſt ein ſelbſteigener Contract, der namentlich auch verſchieden war von der Stipulation: Varr. L. L. VI, 7, 74: sponsor et praes et vas neque idem, neque res, a quibus hi (sc. appellantur, eaedem), sed e re simile. Dieſes vadimonium bot die einzige altrömiſche Form der privatrechtlichen Bürgſchaft (vgl. Bril. XIX A. 115) und ward ſo nun in doppelter Function verwendet: für die Proceßbürgſchaft und als Bürgſchaft bei nexum und mancipatio, wie dies bekundet Varr. L. L. l. c. ſ. A. 80. 262. Daß dieſes alte vadimonium in ſolenne Worte concipirt wurde, beweiſt Cic. ad Qu. fr. II, 15, 5: negat (sc. Caesar) in tanta multitudine eorum, qui una essent, quemquam fuisse, qui vadimonium concipere possit, und Ov. Met. I, 12, 23: vadimonia garrula. Daß dieſe vadimonii promissio, ebenſo wie auch die praedis obligatio, einſeitig ſolenn ſich vollzog, iſt meine Anſicht, deren Begründung jedoch nicht in Kürze ſich geben läßt.

219) So z. B. bei Adoption und Emancipation, vgl. Pomp. 37 ad Ed. bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 1. § 2), als manumissio vindicta u. a. m.

auch empfänglich ist, mannichfache leges oder pacta sowohl dinglicher, wie obligatorischer Tendenz in ihre Formel aufzunehmen[220]), endlich auch mit der mancipatio combinirt als Adoption eine neue Rechtsgeschäfts-Individualität ergiebt.

C. Einseitige Rechtsgeschäfte:

1. divortium bei nicht confarreirter Ehe[221]);
2. auctoritatis tutoris interpositio[222]);
3. testamentum in procinctu (s. § 2 unter f—l);
4. cretio hereditatis[223]);
5. optio tutoris, wie servi, bezüglich deren die solenne Formel allerdings verloren gegangen ist (vgl. S. 34);

---

220) So z. B. als deductio servitutis, zur Verlautbarung von dies oder condicio; Paul. 1 Man. (fr. Vat. 48. 50) u. a. m.

221) Cic. de Orat. I, 40, 183: certis quibusdam verbis, non novis nuptiis fieri divortium; 56, 238. Die solennen Worte sind: tuas res tibi habeto oder agito.

222) Die nuncupative auctoritatis interpositio bekundet noch Paul. 38 ad Ed. (D. XXVI, 1, 1. § 2. 3), vgl. Löhr in Gralmann, Magazin, 1820 III, 35 fg. Heinecc. Antiq. I, 21, 3. Glück, Pand. XXX, 428 fg. 449 fg. Hugo, R. G. 171. Die Frage: auctorne es? mochte bei zweiseitigen Rechtsgeschäften vorauszugehen pflegen, wie erkennen läßt Paul. 8 ad Sab. (D. XXVI, 8, 3): etiamsi non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas; allein nothwendig, wie Heinecc. a. O. annimmt, war sie sicher nicht, da ja bei einseitigen Rechtsgeschäften z. B. der cretio, der fragende Mitinteressent überhaupt fehlte. Für die Formel, die Hugo a. O. annimmt: ego in hanc rem auctor fio fehlt der quellenmäßige Anhalt; wohl aber bietet Cic. p. dom. 29, 77 für die Arrogation, wo der arrogandus seine auctoritas interponirt, die Formel auctor sum ut — —; und diese Formel bieten auch Plaut. Trin. I, 2, 70. Cic. ad Fam. I, 9, 26 und analog die Legisactionsformel bei Prob. de Not. § 4: postulo an tuus auctor? und Plaut. Stich. IV, 2, 31 mihi auctores fuere. Somit ist als Formel der tutoris auctoritatis interpositio anzuerkennen: auctor sum, ut (Lucius Stichum hominem, quo de agitur, Titio noxae dedat oder dergl.)

223) Die cretio ist in ältester Zeit der alleinige Modus jeder hereditatis aditio, wogegen die Letztere ein Institut, wie ein Ausdruck jüngeren Datums ist: Mühlenbruch zu Heinecc. Antiq. Rom II, 17, 14. A. i. Holtius in Thémis, Paris 1825. VII, 524. Danz, Gesch. d. r. R. II, 25. Bering, r. Erbv. 495 fg. Vgl. auch A. 42. 490.

6. denuntiationes oder nuntiationes[224]) (Proteſtationen und Notificationen) und insbeſondere die usurpationes[225]).

V. Nicht proceſſualiſche einſeitige Rechtsacte: ſogenannte leg. a per pignoris capionem (Gai. IV, 29).

In allen dieſen Rechtsfiguren aber iſt die erſte principielle Poſition rein und ſcharf ausgeprägt: der Rechtsact iſt in ſolenne Form gekleidet und als ſolche Form dient durchgehends das nuncupative, legale Wort, und dieſes allein genügt auch bei den Rechtsgeſchäften mit privatrechtlicher Form, obwohl hier mehrfach noch Solennitätszeugen hinzutreten und anderntheils der Gebrauch von Erz und Waage bei nexum und mancipatio bereits frühzeitig zur rein formalen Zuthat herabſinkt. Lediglich bei der Legisaction tritt noch eine eigenthümliche geſetzlich erforderte Steigerung in der Beſtimmtheit der Willenserklärung hervor: in der ſymboliſchen Action nämlich, welche, wenigſtens bei leg. a. sacramento und per manus iniectionem, zum Worte hinzutritt: es genügt hier nicht einmal die legal nuncupative und in ihrem geſetzlich gegebenen Schema durchaus präcis und prägnant gefaßte Rede, vielmehr wird neben dieſer

---

224) Die nuntiationes fallen mit unter die testationes d. i. die in ſolennen Worten und vor Zeugen bekundete einſeitige juriſtiſche Willenserklärung, welche jedoch auch noch anderweite Functionen verſieht, als die nuntiatio, ſo z. B. Ulp. fr. XX, 9. Vgl. z. B. Gai. ad l. XII tab. (D. L, 16, 238. § 1): detestatum est testatione denuntiatum und ähnlich Ulp. 56 ad Ed. (D. L, 16, 40. pr.), 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 1. § 7): si contra testationem denuntiationemve fecerit; 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3); testando denuntiet emtori; Gloſſe bei Brisson. de V. S. s. v. nunciare: nunciare novum opus est prohibere testatione, ne novum opus fiat. Vgl. im Allgemeinen Keller, Semestr. 355 fg. Ahasverus, Denunciation § 11; im Beſonderen Paul. sent. rec. II, 13, 5: denuntiare ei solenniter potest, vgl. auch Voigt, Cond. ob caus. 740 fg. — Für die Unterſcheidung bei Ahasverus a. O. 3 fg., daß denuntiatio ein ſolenner, die nuntiatio ein unſolenner Act ſei, habe ich keine Beſtätigung gefunden: Beide ſind identiſch und, wofern ſie Rechtsacte ſind, ſolenn.

225) Pomp. Enchir. (D. I, 2, 2. § 36): hunc (sc. Appium Claudium Centimanum) — „Actiones“ scripsisse traditum est primum „de Usurpationibus“ (vgl. A. 5). Die ſymboliſche Uſurpation, die aus Cic. de Orat. III, 28 ſo ſchön dargelegt iſt von Huſchke in Ztſchr. f. Civilr. u. Proc. N. F. 1846. II, 141 fg. iſt demgemäß nicht ohne verba solennia zu denken.

bei den wichtigſten Momenten der Action noch eine übereinſtimmende Zeichenſprache, gleich als ein Dolmetſcher der Rede für das Geſicht, geſetzlich vorgeſchrieben und erfordert (vgl. A. 142 und 311).

Wenn dagegen die zweiſeitigen Rechtsgeſchäfte unter B nur mit einſeitig ſolenner Form ausgeſtattet, ſomit nicht nach Maaßgabe der Ordnung von § 3 conſtruirt ſind, ſo iſt der leitende Geſichtspunkt hierfür in der Natur der betreffenden Geſchäfte ſelbſt zu erkennen: denn derjenige, dem eine dos oder ein vadimonium beſtellt wird, erlangt hierdurch einen reinen und nicht durch Gegenleiſtung beſchwerten Vortheil: daher genügt es, wenn der ſich Verpflichtende in ſolenner Rede ſeine Verpflichtung formulirt, während der Berechtigte in freibeliebter Willensäußerung ſeine Acceptation kund geben darf. Daher ſtellt bei dieſen Geſchäften das Verhältniß ſich grundverſchieden von jener ganz anomalen Ordnung bei der Expenſilation, worin ebenfalls ein zweiſeitiges Rechtsgeſchäft mit einſeitig ſolenner Form gegeben, dieſe ſolenne Form aber in die Hand desjenigen gelegt iſt, der aus dem Geſchäfte die Berechtigung für ſich erwirbt.

Bezüglich aller jener Rechtsacte aber haben wir die vollſte und allgemeinſte, die ſtrengſte und reinſte Geltung der in § 2—4 dargelegten principiellen Conſequenzen zu ſtatuiren: in Bezug auf Satzbau, wie Einzelworte, in Bezug auf Sprache, wie Ausſprache, in Bezug auf Conſonanz, wie Correſpondenz der Worte: allenthalben führt die geringſte Abweichung von den geſetzlich gegebenen Erforderniſſen zur unheilbaren Nichtigkeit des Rechtsactes ſelbſt. Denn wenn überhaupt zu irgend welcher Zeit jene in § 2—4 dargelegten Conſequenzen rein und ungeſchmälert in Geltung waren, ſo iſt dies die älteſte Periode des römiſchen Rechtes, ſomit der hier betrachtete Zeitraum. Und wenn dagegen bei den novatoriſchen Geſchäften: der transscriptio a re in personam, expromissio und delegatio das Geſetz der Correſpondenz der Form, wie Worte nicht zur Geltung gelangt (A. 83), ſo iſt dies eine Singularität, welche daraus ſich erklärt, daß alle dieſe Acte einer Gruppe von Rechtsgeſchäften angehören, welche fremden Urſprunges ſind, erſt ſpäter in das römiſche Recht recipirt wurden und ſo nun im Einzelnen Abweichungen von der normalen Structur des

römiſchen Rechtes bieten, Momente, worauf im Nachſtehenden noch zurückzukommen iſt.

Dieſer principiellen Ordnung des älteſten römiſchen Rechtes ſtehen nun gegenüber als unvermittelte und gänzlich ſinguläre Ausnahmen einige Geſchäfte[226]), welche ohne ſolenne oder legale Worte ſich abſchließen: die unſolenne Eingehung der Ehe, ſodann die divisio parentis inter liberos, wie endlich die pactio legitima der XII Tafeln, deren letzte, abgeſehen von ihrem Vorkommniſſe als Inhalt der mancipatio oder in iure cessio (A. 216. 220), in zwiefacher Funktion auftritt: theils als Corporationsſtatut[227]), theils als proceſſualiſches pactum: transactio, pactum de non petendo und vertragsmäßige Vereinbarung der litis aestimatio, und ſo nun wiederum in vier verſchiedenen Phaſen des Proceſſes nachgelaſſen iſt, nämlich erſtens über die noch nicht in ius deducirten Rechtsanſprüche wegen furtum[228]) und wegen nembrum ruptum[229]); ſodann in comitio d. i. in iure, ſomit über den bereits in ius deducirten Rechtsanſpruch; ferner in foro d. i. in iudicio über die obligatio litis contestatae[230]); wie endlich über die obligatio iudicati nach eröffneter leg. a. per manus iniect., ſomit als pactio in der Executionsinſtanz[231]).

---

226) Nicht hierher gehören die venditio trans Tiberim, die emtio hostiae und die locatio iumenti, deren Miethpreis für Opfergaben beſtimmt iſt, worüber vgl. § 36.

227) Gai. 4 ad l. XII tab. (D. XLVII, 22, 4): his (sc. sodalibus) potestatem facit lex (sc. XII tab.) pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant.

228) Vgl. namentlich Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 14), Paul. 3 ad Ed. D. CII, 14, 17. § 1), Diocl. et Max. im C. Just. VI, 2, 13 u. a. m.

229) Vgl. namentlich Sext. Caec. bei Gell. XX, 1, 34. Verr. bei Fest. p. 363.

230) Auct. ad Her. II, 13, 20. Prisc. Inst. X, 5, 32. p. 524. H. (Schöll, XII tab. 118): rem ubi pacunt, orato. Ni pacunt in comitio aut in foro — — causam coiciunto. Ein Beiſpiel einer in iure abzuſchließenden pactio bietet Plaut. Men. IV, 2, 25 fg.; wegen der in iudicio abgeſchloſſenen pactio vgl. Cic. p. Rosc. Com. 13, 38 u. a. m. Für dieſe pactiones wird ſomit eine ausdrückliche Verlautbarung: orare erfordert.

231) Gell. XX, 1, 46: erat — ius interea paciscendi; Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 13): si paciscar, ne iudicati — agatur, hoc pactum

Allein bei allen dieſen Geſchäften walten beſondere Gründe ob, welche jene Anomalie des Fehlens vom ſolennen Worte rechtfertigen, wie beſtimmen; denn der nicht ſolenne Abſchluß der Ehe iſt von Alters her berufen, da allein einzutreten, wo eine Ehe mit einer des connubium theilhaften peregrina abgeſchloſſen wurde, welcher die Fähigkeit zum Eintritte in die römiſche Agnation und zur Unterordnung unter die manus ſchlechthin verſagt war (Thl. II. A. 105). Und da ſomit ſolche Ehe nach älteſter Anſchauung weder der Ehefrau ein Recht begründete, noch auch dem Ehemanne ein ſolches über Jene gewährte, da vielmehr dem Letzteren nur eine Disciplinargewalt zuſtand, ſo war nun in der That dieſelbe weit mehr ein rechtlich gebilligtes und mit juriſtiſchen Folgewirkungen hinſichtlich der Deſcendenz ausgeſtattetes Lebensverhältniß, als ein ächtes und wahres Rechtsverhältniß.

Sodann die ſogenannte divisio parentis inter liberos, welche als divisio patrisfamilias inter suos zweifelsohne bis in die früheſten Zeiten zurückdatirt, iſt ein Geſchäft, welches durchaus im innerſten Kreiſe der Familie ſich vollzog und wo um deßwillen nun, indem der paterfamilias lediglich ſeinen sui gegenüber und in deren Gegenwart und auf Grund ſeines imperium domesticum die Diſpoſitionen über ſeinen Nachlaß traf, die Solennitäten für unangemeſſen erachtet werden mochten.

Dagegen die pactiones legitimae tragen das Gemeinſame an ſich, überhaupt kein Rechtsmittel, weder Klage, noch Exception zu erzeugen. Vielmehr vermag das Corporationsſtatut höchſtens ſelbſt ſtatutariſche Rechtsmittel, ſomit compromiſſariſcher Beſchaffenheit zu ſetzen [232]), in keiner Weiſe aber ruft ſeine Verletzung ein legislatives Rechtsmittel wach, wohingegen wiederum die proceſſualiſche pactio nie rechtsbegründend, als vielmehr lediglich rechtszerſtörend, nämlich in der Weiſe wirkt, ipso iure ein Klagrecht aufzuheben [233]). Und dies characteriſirt

valet. Völderndorff, Erlaß 21 fg. nimmt an, die proceſſualiſchen pactiones ſeien in Form der nexi liberatio gekleidet geweſen, allein ohne Grund und überſehend, daß die nexi liberatio eben kein pactum iſt.

232) So in der pactio des collegium aquae bei Zell, Delect. I, 1768.

233) Auct. ad Her. II, 13, 20. Ulp. 4. 57 ad Ed. (D. II, 14, 7.

auch dieſe pactio im Sinne der älteſten Zeit weit mehr als ein einfaches Lebensgeſchäft mit juriſtiſcher Folgewirkung, denn als ein Rechtsgeſchäft. Immerhin aber iſt bezüglich ſolcher pactio trotz des Mangels der ſolennen Form doch deren nuncupativer Abſchluß vorausgeſetzt in dem XII Tafelgeſetze: rem, ubi pacunt, orato (A. 230), ſo daß immerhin die ſtillſchweigende Willenserklärung hierbei ausgeſchloſſen iſt. Und ebenſo bedingt auch bei der unſolennen Ehe die Sitte die ausdrückliche Erklärung des Conſenſes (§ 33).

Eine weitere Ausnahme behauptet allerdings noch Degenkolb in Ztſchr. f. R. G. 1870, IX, 117 fg., inſofern derſelbe auch das pactum oder die lex fiduciae für unſolenn und für ein pactum mancipationi oder in iure cessioni adiectum[234]), ſomit für ein pactum de retrovendendo erklärt. Allein dies widerlegt ſich dadurch, daß aus dem ſogenannten pactum de retrovendendo die a. ex vendito oder auch praescriptis verbis, nicht aber fiduciae gegeben wird[235]); daß ſodann aus dem pactum adiectum im Allgemeinen nur die Klage aus dem Hauptgeſchäfte oder die a. praescriptis verbis[236]), niemals aber eine ſelbſteigene Klage, wie die a. fiduciae iſt, gegeben wird; daß ferner noch nach Ulpian das pactum adiectum eine Klage nur dann erzeugt, wenn es einem bon. fid. negotium beigefügt iſt[237]), was mancipatio und in iure cessio nicht ſind; und daß endlich die Quellen die lex fiduciae nirgends

---

§ 13. 14. XLVII, 10, 11. § 1), 42 ad Sab. (D. XIII, 1, 7. pr. XLVII, 2, 46. § 5), Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 17. § 1. fr. 27. § 2), Diocl. et Max. im C. Just. 17, 2, 13.

234) Daneben ſteht der allgemeine Satz: alle bon. fid. negótia ſind unſolenn. Dieſer Satz wird widerlegt durch die dotis datio, welche ſolenn iſt (A. 215) und dennoch arbitrium rei uxoriae erzeugt; wie gewiſſermaßen durch die Stipulation mit doli mali clausula, welche a. ex stipulatu erzeugt (Beil. XIX § IV). Noch weiter gehende Sätze ſtellt auf Keller, Civ.-Pr. § 88; allein, wo bleiben denn dann die Klagen aus Delicten und Quaſicontracten?

235) Schilling, Inſt. § 334 unter b.

236) Schilling, a. O. § 331. i—l.

237) Vgl. die Darſtellung der Lehre bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7, § 4 fg.), Schilling a. O. § 331 c. 243 k. l.

als pactum adiectum, wohl aber als pactum insertum beſtimmen [238]).

Was ſodann die zweite Poſition des rigor betrifft: das ſolenne Wort iſt das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes, ſo wird deſſen Geltung für die obigen Rechtsacte durch die Nachweiſe in § 5—14, wie in § 49 fg. genügend begründet; namentlich aber wird die Thatſache, daß dieſes Princip das gemeine und normale, das ipso iure herrſchende iſt, dadurch beſonders feſtgeſtellt, daß die Anwendung des entgegenſtehenden Principes der voluntas durch eine ausdrückliche entſprechende Clauſel in dem Rechtsacte beſonders vermittelt und veranlaßt und ſo gleich als Ausnahme beſonders begründet werden muß (§ 5 a. E. § 13).

Der obige Kreis von Rechtsgeſchäften, welchen die XII Tafeln überliefert erhielten, ward nun erweitert in Folge der lex Silia von 311—329 durch die Stipulation auf dare certum aes, ſodann auf Grund der lex Calpurnia von 416—466 durch die Stipulation auf dare certum triticum, wie endlich mittelſt der Interpretatio von 419—426 durch die Expenſilation (Beil. XIX § VII), ſowie durch die correſpondirende reſp. nuncupative und literale Acceptilation. Allein auch dieſe Rechtsgeſchäfte ſind, abgeſehen von den oben erwähnten Freiheiten in der Novation, ſowie von der Freiheit in Bezug auf dies und condicio (Thl. II A. 241), insgeſammt den obigen beiden Poſitionen des rigor entſprechend conſtruirt und ſchließen ſich deſſen altüberlieferter Ordnung an. Denn ſo wird für die Stipulation insbeſondere die erſte Poſition des rigor ausdrücklich

---

238) Isid. Orig. V, 25, 23: fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur, ſomit: fiducia iſt die Mancipation oder in iure cessio (nicht aber ein pactum mancipationi adjectum) zum Zwecke der Aufnahme eines Darlehns; und übereinſtimmend z. B. Gai. I, 140. 172: ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, wo nach dem conſtanten Sprachgebrauche der Quellen nur an lex mancipii, nicht aber an ein pactum mancipationi adiectum gedacht werden kann; und endlich auch Boeth. in Top. p. 340 Or.: fiduciam — accepit, cuicunque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet — —; haec mancipatio fiduciaria nominatur idcireo, quod restituendi fides interponitur, wozu vgl. Gai. II, 59. 60.

handelt in § 2 und 3, deſſen zweite Poſition aber in § 5 und 6. Eine Beſonderheit dagegen macht ſich bezüglich der Stipulation geltend theils darin, daß dieſelbe nur auf ein einziges Stichwort conſtruirt iſt, theils auch in dem techniſchen Sprachgebrauche, inſofern deren Redeweiſe weder als ein lingua nuncupare, noch als ein legem dicere anerkannt ward: denn die Stipulation iſt, wie keine dictio, ſo auch keine nuncupatio im techniſchen Sinne und die pecunia promissa iſt weder nuncupata, noch dicta pecunia [239]). Eine weit bedeutendere Abweichung dagegen von der altüberlieferten Conſtruction der Rechtsgeſchäfte tritt in der Expenſilation mit ihrer Acceptilation zu Tage: vor Allem darin, daß hier an Stelle des geſprochenen Wortes: des lingua nuncupatum das geſchriebene: das stilo oder litteris nuncupatum tritt und damit nun eine bisher ganz unbekannte Geſchäftsform dem römiſchen Rechte zugeführt ward; und ſodann auch darin, daß hier ein zweiſeitiges Rechtsgeſchäft mit einſeitiger ſolenner Form in das römiſche Recht übertritt, bei welcher nicht, wie in den altrömiſchen Rechtsgeſchäften, der ſich Verpflichtende die ſolennen Worte verlautbart, als vielmehr der Berechtigte d. h. derjenige, welcher das Forderungsrecht erwirbt oder von ſolchem ſich liberirt. Allein dieſe völlige Anomalie des Literalcontractes erklärt ſich daraus, daß derſelbe als ein in ſeinen Formen und Ordnungen durchaus abgeſchloſſenes Gebilde aus fremder Culturſphäre, aus großgriechiſchem Rechte entſtammt, in das römiſche Recht recipirt wurde (Thl. II § 34).

Aus alle Dem aber ergiebt ſich, daß, abgeſehen von der unſolennen Eheſchließung, der divisio patrisfamilias inter suos und der pactio legitima, wie abgeſehen von dem Falle, wo der Handelnde ſelbſt ſeinen Act ausdrücklich der Herrſchaft der

---

239) Wegen der nuncupata pecunia insbeſondere vgl. Varr. LL. VI, 7, 60 Fest. p. 173. Zu dicere ſteht die Stipulation nicht in dem Verhältniſſe einer Unterart, als vielmehr des Gegenſatzes, ſo dotem promittere im Gegenſatze zu dotem dicere, und ſo auch stipulari oder dergl. im Gegenſatze zu legem dicere (ſ. § 53 a. E.), wie z. B. bei Qu. Muc. Pont (D. L, 17, 73. § 4), Pap. 27 Quaest. (D. XIX, 5, 8), Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 4, 20. § 1), Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 54, 9.

voluntas unterſtellt, das Princip des verbum das geſammte Gebiet der Rechtsacte ausſchließlich und vollſtändig beherrſcht. Und dieſe Thatſache wird nun auch beſonders bezeugt durch

Cic. p. Mur. 12, 27: in omni iure civili aequitatem reliquerunt (sc. iureconsulti), verba ipsa tenuerunt (vgl. Thl. I § 10).

§ 33.

Die Stellung des rigor gegenüber der Nationalanſchauung.

Daß die in § 32 dargelegte ausſchließliche Herrſchaft vom Principe des verbum innerhalb der Sphäre des Rechtes von vorn herein getragen iſt von der Nationalanſchauung der Römer und in vollſter Uebereinſtimmung mit der Letzteren ſteht, iſt eine Thatſache, die als ſelbſtverſtändlich ſich erweiſt, ſobald man überhaupt in dem Rechte das Product des Volksgeiſtes würdigt. Der Volksgeiſt ſelbſt erforderte jenes Princip ſammt allen ſeinen Conſequenzen als die angemeſſene und nützliche Ordnung und als das Billige im Sinne ſeiner Zeit (§ 9 unter 1). Dieſe Anſchauung ſelbſt aber geht zurück in eine vorrömiſche Zeit: denn aus der Thatſache, daß wir in den Particularrechten der latiniſchen Staaten die Mancipation und ſo auch mit fiducia und als Adoptions-Modus vorfinden (Thl. II A. 234), erhellt, daß jenes Princip der Solennität des Rechtsactes bereits dem vorrömiſchen Latium angehörte und daß Rom von hier aus, wie das geſammte Mancipationsrecht insbeſondere, ſo auch das Princip des verbum im Allgemeinen als ein Angebind und Erbtheil ſeiner Vorfahren überliefert erhielt. Ja wer mit Aufmerkſamkeit die Trümmermaſſe prüft, in welcher, Altes und Neues nach rein äußerlicher Ordnung verbunden, die Ueberlieferungen aus den helleniſchen Rechten uns dargeboten ſind, dem werden mannichfache Bruchſtücke nicht entgehen, welche darauf hinweiſen, daß jenes Princip der Solennität der Rechtsacte bereits der vorhelleniſchen Periode angehört habe [240]). Von hier aus aber hat nun jenes Princip des verbum Jahrhunderte hindurch in Herrſchaft ſich erhalten und ſo nun auch während des ganzen gegenwärtigen Zeitraumes

240) Vgl. z. B. Hudtwalcker, Diäteten 47 A. 44.

ine Geltung behauptet. Und wie feſt und tief ſolche Anſchauung in dem röm. Volksgeiſte wurzelte, dafür bieten ſich verſchiedene durchaus ſignificante Beiſpiele, welche die Verwendung einer typiſchen und feierlichen Geſchäftsform da haben, wo ein geſetzliches Erforderniß einer ſolchen gar nicht vorliegt, ſomit aber lediglich die nationale Sitte und Anſchauung es iſt, welche ſolche Geſchäftsform aus freiem Antriebe zur Anwendung bringt (vgl. § 37). Und zwar ſind es zwei Gebiete, in denen ſolche Erſcheinungen hervortreten: das der bürgerlichen Sitte, ſowie das des Rechtes ſelbſt in Bezug auf die beiden unſolennen Geſchäfte der Eheſchließung und pactio.

Zunächſt in der Sphäre der bürgerlichen Sitte iſt es zuvörderſt das Verlöbniß, welches, in keiner Periode des römiſchen Rechtes zum Rechtsgeſchäfte erhoben und daher niemals mit Contractsklage bewehrt (Beil. XIX. A. 116), von älteſter Zeit her in ſolenne Rede ſich kleidete und zwar, wie ſchon der Name sponsalia beſagt, in die nämliche Stipulationsform, welche, auf certam pecuniam oder certam tritici dare gerichtet, ſpäter von der lex Silia und Calpurnia für klagbar erklärt und inſofern daher zum Contracte erhoben wurde[241]) (Beil. XIX § V unter 1). Im Beſonderen vollzog ſich ſomit ſolches Lebensgeſchäft in Form einer initiativen Frage, welche männlicher Seits von dem Gewalthaber des zu Verlobenden oder von dem Letzteren ſelbſt, dafern sui iuris, an den Gewalthaber oder Tutor des Mädchens gerichtet wurde und welche lautete: „Spondesne tuam filiam (oder agnatam oder dergl. filio meo (oder mihi) uxorem dari (oder uxorem ſchlechthin)“, worauf dann der desponsor erwiderte: „Dii bene vortant! Spondeo“, und worauf endlich die Gegenpart den Act ebenfalls mit dem Ausrufe ſchloß: „Dii bene vortant“[242])! Und gerade

241) Ulp. de Spons. (D. XXIII, 1, 2): moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras.

242) Plaut. Trin. V, 2, 36 fg.: Lu. Sponden' tu — tuam gnatam uxorem mihi? Ch. Spondeo. Lu. Istac lege filiam tuam sponden' mi uxorem dari? Ch. Spondeo; vgl. II, 4, 100: fabulare: „Di bene vortant! Spondeo“; 172: „Di bene vortant! Spondeo“. Poen. V, 3, 37 f.: Ag. tuam mihi maiorem filiam despondeas. Ha. Pactam rem habeto. Ag. Spondesne igitur? Ha. Spondeo. Aul.: II, 2, 77 fg. Alc. mihi

jene Form iſt auch noch vor der Klagbarmachung der Stipulation in mannichfachen anderweiten Beziehungen in dem römiſchen Lebensverkehre in Anwendung gekommen, ſo z. B. bei der Wette (vergl. Beil. XIX § VII unter I).

Gleicher Modalität der prägnanten Frage und Antwort, gerichtet auf den Inhalt der pactio begegnen wir auch bei

Plaut. Mil. II, 5, 43 fg.: Scel. te nusquam mittam, nisi das firmatam fidem | te hue, si omisero, intro ituram. Phil. Do fidem, si omittis, isto me intro ituram;

ingleichen bei einer Vereinbarung in Plaut. Capt., welche, dem Geſichtspunkte des Innominatcontractes und zwar des contractus aestimatorius unterfallend, zu Plautus' Zeit noch nicht Rechtsgeſchäft iſt. Der Sohn des Aetolers Hegio, Namens Philopolemus, iſt nämlich in die Kriegsgefangenſchaft der Elier gerathen; Hegio kauft nun zwei eliſche Kriegsgefangene: den Philocrates und deſſen Sclaven Tyndarus, und vereinbart mit dem Erſteren, daß der Letztere nach Elis zurückgeſchickt werde, um mit dem Vater des Philocrates die Auswechſelung deſſelben gegen den Philopolemus zu bewirken. Dieſe pactio nun wird II, 2, 101 fg. in den Worten verlautbart:

He. mittam equidem istunc (sc. Tyndarum) aestumatum tua fide, si vis.

Ty. (i. e. Philocrates) Volo.

He. Num quae causa'st quin, si ille huc non redeat, XX minas mihi des pro illo?

Ty. (i. e. Philocrates) optume immo; vgl. auch Plaut. Rud. IV, 3, 14 fg. Ter. Her. I, 2, 37 fg. und dergl.

---

despondes filiam? — — Ev. Spondeo. Me. Di bene vortant! Curc. V, 2, 74: Ph. spondesne — mihi hanc uxorem? Th. Spondeo. Ungenannter Komiker bei Varr. LL. VI, 7, 71: sponden' tuam gnatam filio uxorem meo? vgl. ungenannten Tragiker bei Varr. cit. 72: meministin' te despondere mihi gnatam tuam? (Beil. XIX. A. 88. 91.) Wegen der Formel Dii bene vortant vgl. Brisson. de Form. I, 110 — In Latium, wo das Verlöbniß Rechtsgeſchäft und zwar klagbarer Contract war, trat dem entſprechend neben die obige Stipulation noch eine zweite, wodurch der Verlobte zur Eingehung der Ehe ſich verpflichtete: Serv. de Dot. bei Gell. IV, 4 und dazu Mommſen, ad cap. duo Gelliana. Berl. 1868.

Und nicht minder gehört hierher auch der Eid, der, wenigſtens als privater Act im Gegenſatze zu dem völker-, ſtaats- und ſacral-rechtlichen Eide, unſolenn (§ 41) d. h. zwar an Worte, nicht aber an eine abſolute und ſolenne Formel gebunden iſt, gleichwohl aber häufig auf feierliche Worte concipirt wird (A. 357).

Endlich in der Mitte der beiden Gruppen der hier betrachteten Vorkommniſſe ſtehen die Formeln des Abſchluſſes der emtio venditio, in welche die Letztere gekleidet wurde bereits bevor ſie zum Contracte erhoben ward, welche aber auch nach dieſem Zeitpunkte noch für dieſelbe beibehalten wurden. Auch die emtio venditio vollzog ſich nämlich in Form einer initiativen Frage des emtor: das emtum rogare[243]), welches dahin ſich concipirte: Stichus centum (oder dergl.) est mihi emtus[244])? und einer correſpondirenden Antwort des venditor: der addictio[245]), dahin lautend: Stichus tibi emtus esto (oder erit)

---

243) Jul. 3 ad Urs. fer. (D. XVIII, 1, 41. pr.): emtum rogare, — — veluti si hoc modo emtor interrogaverit: etc. (ſ. A. 244); parallel conductum rogare bei Jav. 7 ex Cass. (D. XVIII, 6, 16).

244) Plaut. Ep. III, 4, 35 fg.: Mi. Estne empta mihi haec? Pe. Istis legibus habeas licet. Varr. RR. II, 2, 5: cum emtor dixit: Tanti „sunt mi emtae?“ et ille respondit: „Sunt[o]“! Jav. 2 Ep. (D. XVIII, 1, 64): „fundus ille est mihi et Titio emtus?“ Jul. 3 ad Urs. Fer. (D. XVIII, 1, 41. pr.): „erit mihi fundus emtus ita, ut eum intra kal. Jul. liberes“ oder „ita, ut eum intra kal. a Titio redimas?“ Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 1, 7. § 2): „est mihi fundus emtus C et quanto pluris eum vendidero?“ Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 34. § 6): „est mihi emtus Stichus aut Pamphilus?“ und (D. XVIII, 6, 8. § 1): „est ille servus emtus, sive navis ex Asia venerit sive non venerit?“ vgl. Gai. III, 140: quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit emta. Vgl. Brisson. de Form. VI, 1. Gell in Gell's Jahrb. II, 10. A. 5.

245) Plaut. Poen. II, 50: addice tuam mihi meretricem; Capt. I, 2, 78: si fundum vendam, meis addicam legibus; Merc. III, 4, 31: addicta atque abducta est; Cic. Har. Resp. 13, 29: addictum pecunia tradidisti; Phil. II, 21, 52: vendita atque addicta sententia; ad Att. X, 5, 1 Plin. H. N. XIV, 4, 50: CCCCM nummum emptori addicta; XVII, 1, 3 fg.: Cn. Domitius — — hs. pro domo eius identidem promittens et Crassus — — addicere se respondit. Plin. Ep. VII, 11, 1: hereditarios agros — non exspectata auctione — — Corelliae addixerit; Jul. 44 Dig. (D. XLI, 4, 7. § 6) u. a. m. Dieſe addictio tritt in den Quellen am markirteſten hervor bei der in diem addictio, auctio, emtio

centum[246])! worauf dann Seitens des emtor im Falle der Creditgewährung das Verſprechen der künftigen Bezahlung des Kaufpreiſes an dem vereinbarten Zahltage: das expromittere nummos[247]) ebenfalls in typiſcher Rede erfolgte.

Sodann innerhalb der Rechtsſphäre iſt zunächſt der Abſchluß der pactio als Corporationsſtatut geſetzlich zu allen Zeiten unformal geblieben[248]); allein das Leben brachte auch hier verſchiedene Formen einer typiſchen oder ſolennen Willenserklärung in Anwendung, welche das S. C. de Bacchan. v. 568 aufzählt[249]) und deren drei ſind: die ſacrale Form des iusiurandum: das coniurare und convovere (§ 38), die civile, wenn auch nicht nothwendig klagbegründende Form der Stipulation: conspondere und compromittere (Beil. XIX § VI unter I), ſowie die der Sphäre des Moralgeſetzes angehörige Form des fidem inter se dare (§ 38). Und dieſe Formen wurden demnach angewendet bei Verpflichtung der Mitglieder

---

sub corona, sectio bonorum und dergl. Vgl. Schirmer, de voluntar. privator. auction. Vratisl. 1858. A. 106.

246) Scaev. 2 Resp. (D. XIX, 1, 48): „fundus Sempronianus, quidquid Sempronii iuris fuit, erit tibi emtus tot nummis!“ Ulp. 3 Disp. (D. XVIII, 1, 37): „erit tibi emtus tanti, quanti a testatore emtus est!“ 32 ad Ed. (D. XVIII, 4, 11): „si qua sit hereditas, est tibi emta!“ Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 1): „ille fundus Q esto tibi emtus!“ Inst. Just. III, 23, 4: „Stichus — sit tibi emtus aureis“ tot! vgl. Plaut. Epid. und Varr. in A. 244; Caecil. Statius Aethr. bei Diomed. I. p. 386 K.: actutum voltis? empta est! noltis? non empta est! Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XVIII, 1, 35. § 1): quanti aestimaveris, habebis emtum. Dieſe Formel, wie die in A. 244 ſind nachgebildet denen der Mancipation: A. 67.

247) Varr. RR. II, 2, 5: emtor — expromisit numos; vgl. Jul. 1 ad Urs. Feroc. (D. XXX, 1, 104. § 1). Gesner, Lex. Rust. s. v. iurt, wenn er dieſes expromittere als die in Stipulationsform geſchloſſene expromissio auffaßt; ward über den Kauf ſtipulirt, ſo folgte erſt der obigen Wechſelrede die Stipulation nach, wie Varr. l. c. ausdrücklich bezeugt.

248) So noch das S. C. in der lex collegii Dianae et Antinoi v. 136 lin. 11 bei Mommsen, de colleg. et sodal. 98: [quibus coire, co]nvenire collegiumque habere liceat.

249) C. J. L. I n. 196 lin. 13 fg.: neve post hac inter sed coniourase neve] convovise. neve conspondise | neve conpromisise velet neve quisquam fidem inter sed dedise velet.

einer Corporation auf deren Statut ſei es bei deren Stiftung, ſei es bei ſpäterer Aufnahme von Mitgliedern, ohne daß irgend welche geſetzliche Nöthigung für Anwendung ſolcher Formel gegeben war.

Und ſodann bei dem Abſchluſſe der Ehe, mag ſolcher nun in der juriſtiſch ſolennen Form der confarreatio oder coëmtio, oder mag er juriſtiſch unſolenn geſchehen, begegnen wir nicht allein, wie bei anderen Völkern, einem reichen Apparate von ſolennen und reſp. ſymboliſchen Handlungen, welche der Sphäre der bürgerlichen Sitte angehören [250]), ſondern auch althergebrachten, typiſchen Formen, in Geſtalt einer Wechſelrede auftretend: vor Eintritt der Neuvermählten in das Haus des Mannes und an deſſen Thüre richtet der Letztere eine in ihrem traditionellen Wortlaute nicht überlieferte interrogatio an die Frau, weß Namens ſie ſei (quaenam vocetur), worauf dieſe dann mit der Formel antwortete: quando oder quandoque tu Gaius, ego Gaia, worin daher nicht minder eine durchaus nur der bürgerlichen Sitte, nicht aber dem Rechte angehörige feierliche Formel der Willenserklärung uns entgegentritt [251]).

Alle dieſe Beiſpiele aber beſtätigen den obigen Satz, daß in dem römiſchen Volksgeiſte eine beſondere Hinneigung und Vorliebe für die ſolenne Formel, für die typiſch und pointirt präciſirte Willenserklärung vorwaltete und daß ſomit das Recht

---

250) Ueber die Hochzeitsgebräuche ſ. Roßbach, r. Ehe 254 fg. Derſelbe bemerkt in A. 758: „Mit Recht hat man auch aus der Ueberſchrift des Digeſtentitels de ritu nuptiarum (23, 2) geſchloſſen, daß die Hochzeitsgebräuche einſt eine rechtliche Geltung beſaßen.“ Ich vermöchte allerdings zu begreifen, wenn man auf einen Titel der XII Tafeln für vor- oder urrömiſche Zeiten eine derartige Hypotheſe ſtützte, allein wie ein Digeſtentitel zu ſolchem Beweisfundamente dienen kann, dies iſt mir unverſtändlich; wenigſtens iſt zuvor der Nachweis abzuwarten, welches Alter man wohl den Digeſtentiteln beimißt. Uebrigens paßt nicht zu jener Hypotheſe, daß nach Roßbach 262 die Hochzeitsgebräuche nur bei Ehen der Jungfrauen Anwendung finden, man müßte denn etwa ein doppeltes Eherecht, für Jungfern- und für Wittwen-Ehen, annehmen wollen.

251) Roßbach, a. O. 352. Mommſen, r. Forſch. I, 11. A. 7, wozu vgl. noch Velius Longin. p. 2218 P. Ein arger Irrthum liegt in der Annahme von Marquardt, r. Alterth. V, 1. A. 227, jene Formel ſei ein Beſtandtheil der coëmtio gewesen; vgl. A. 214.

nur eine beſondere Kundgebung jener Volksanſchauung darbietet, indem es auch für ſeine Geſchäfte die ſolenne Formel beibehielt, ja daß das Recht ſogar von den Anforderungen des Volksgeiſtes nachläßt, indem es in der pactio, wie dem matrimonium die Willenserklärung ohne ſolenne Formel frei giebt.

§ 34.

Stellung des rigor gegenüber dem Lebensverkehre.

Ueberblickt man die Reihe der in § 32 zuſammengeſtellten Rechtsgeſchäfte des XII Tafelrechtes, ſo ſind es zwei Momente, welche auf den erſten Blick der Wahrnehmung entgegentreten: theils die beſchränkte Zahl an Rechtsgeſchäfts-Figuren, mit denen jenes Recht ſich behalf, theils der ſchwerfällige und umſtändliche Apparat an Formeln, wie theilweis auch an anderen Solennitäten, ſo insbeſondere der Zeugen, der den größeren Theil jener Rechtsgeſchäfte umgiebt. Dieſe beiden Momente ſind nun vor Allem näher feſtzuſtellen, um ſo zu einer richtigen Würdigung ihrer hiſtoriſchen Bedeutung zu gelangen.

Zunächſt aber jener erſtere Moment: die beſchränkte Zahl an Rechtsgeſchäfts-Figuren betrifft nicht das Familien- und Erbrecht, und ebenſo wenig das dingliche Recht: denn für das Familienrecht genügen die arrogatio und confarreatio ſammt diffareatio, die mancipatio und in iure cessio in ihren mannichfaltigen Conſtellationen und Verwendungen, wie endlich das divortium und der Conſens des unſolennen Eheabſchluſſes vollkommen, um alle diejenigen Geſchäfte zu vermitteln, welche durch die familienrechtlichen Intereſſen erfordert werden. Und ebenſo läßt ſich im Erbrechte ohne Hemmniß für die maaßgebenden Intereſſen mit den beiden Rechtsgeſchäften auskommen: Teſtament und cretio, während wiederum für das dingliche Recht es genügt, wenn deſſen Uebertragung auf Grund einer vorausgängigen Veräußerung durch ein einziges Rechtsgeſchäft vermittelt wird. Wohl aber tritt jener Moment ſehr markirt hervor in der Sphäre des Vertragsobligationen-Rechtes, da hier, abgeſehen von der dotis dictio, der vadimonii promissio und der pactio legitima, nur nexum und nexi liberatio, wie mancipatio und obligatoriſche lex mancipii mit Einſchluß des pac-

tum fiduciae gegeben ſind gegenüber den ſo mannichfaltigen Lebensintereſſen des obligatoriſchen Geſchäftsverkehres. Dieſe numeriſche Beſchränktheit wird indeß einiger Maaßen paralyſirt durch die außerordentliche Elaſticität jener Rechtsgeſchäfte, durch die große Vielſeitigkeit ihrer Verwendbarkeit, welche ſelbſt wieder auf der Eigenthümlichkeit ihrer Structur, nämlich darauf beruht, daß jene Rechtsgeſchäfte in ihrer Weſenbeſtimmung mehrfach in hohem Maaße unabhängig geſtellt ſind von wirthſchaftlichen oder pecuniären Proportionen. Wenn nämlich im Gegenſatze zu dem unſolennen Geſchäfte, deſſen Arteigenthümlichkeit und Individualität nach realen, ſei es wirthſchaftlichen, ſei es perſonalen Kategorien ſich beſtimmen, das ſolenne Rechtsgeſchäft nach formalen Merkmalen, nämlich nach ſeinen certa, solennia, directa verba d. i. nach der ſolennen Formel ſeine Weſenbeſtimmung empfängt (§ 1), ſo iſt nun allerdings mit ſolcher Weſenheit des ſolennen Geſchäftes nicht unvereinbar, daß nicht neben jenen formellen Merkmalen auch derartige reale Momente zur Geltung gelangen und die Verwendbarkeit des Geſchäftes maaßgebend beſtimmen; denn ſo erhalten ja z. B. die arrogatio, confarreatio und diffareatio, heredis institutio, legatum, tutoris datio und optio, dotis dictio und vadimonii promissio zwar nach ihren verba solennia ihre Weſenbeſtimmung, allein indem auch wiederum die wirthſchaftlichen oder perſonalen Verhältniſſe genau beſtimmt ſind, bezüglich deren jene verba solennia Anwendung finden können, ſo gewinnen doch neben den formalen Merkmalen zugleich auch dieſe realen Momente einen mitbeſtimmenden Einfluß auf jene Rechtsgeſchäfte. Allein bei anderen Rechtsgeſchäften wiederum treten derartige reale Merkmale in weit höherer Maaße zurück,[252] indem dieſelben in der Weiſe ſachlich allgemein gehalten ſind, daß innerhalb der durch ſie gegebenen Gränzen die verſchiedenſten wirthſchaftlichen Proportionen umfaßt werden und zur Ausprägung gelangen können. Denn wenn z. B. die Mancipation neben ihren verba solennia

252) Vollſtändig abgelöſt von allen realen und insbeſondere wirthſchaftlichen Momenten iſt kein einziges ſolennes Rechtsgeſchäft: ſelbſt die Stipulation iſt beſchränkt auf die Obligation im Gegenſatze zum dinglichen Recht. Im Uebrigen vgl. § 35. 37.

auch darin eine Weſenbeſtimmung empfängt, daß dieſelbe eine entgeltliche venditio oder Veräußerung mit Uebertragung des dinglichen Rechtes iſt, ſo liegt nun ein höherer Grad von realer Allgemeinheit und ſomit von Unbeſtimmtheit darin, daß ebenſowohl die ſämmtlichen den XII Tafeln bekannten dinglichen Rechte: Eigenthum, Servitut, Erbrecht, patria postestas, manus, mancipium durch Mancipation übertragbar ſind, als auch das Maaß des zu gewährenden Entgeltes ganz dem Ermeſſen der Paciscenten überlaſſen iſt, ſo daß bei Vereinbarung eines rein nominellen Entgeltes die Mancipation thatſächlich zu einer donatio ſich geſtaltet. Und indem wiederum durch das pactum fiduciae jene Uebertragung des dinglichen Rechtes zu einer revocabeln gemacht wird und damit die Möglichkeit gegeben iſt, ſolches Recht nur auf einen einzigen Moment zu übertragen, ſo ward nun hierdurch wiederum die Mancipation geeignet, die darin liegende Veräußerung gar nicht zum Zwecke der Veräußerung ſelbſt, als vielmehr im Dienſte anderer juriſtiſcher oder praktiſcher Zwecke vorzunehmen und ſo dieſelbe zu einem Scheingeſchäfte zu geſtalten, als welche ſie namentlich bei der Adoption und Emancipation, wie auch bei der coëmtio ſich vorfindet. Und wie ſodann die lex mancipii im Allgemeinen für den verſchiedenſten Inhalt empfänglich iſt, ſo nun iſt das pactum fiduciae insbeſondere zwar in ſeinem Inhalte darauf beſchränkt, die Revocabilität des veräußerten dinglichen Rechtes zu vereinbaren, trotzdem aber dabei fähig, den verſchiedenſten praktiſchen und insbeſondere wirthſchaftlichen Intereſſen zu dienen, ein Moment, dem auch das Recht ſelbſt wiederum inſoweit Rechnung trägt, als es die fiducia in eine doppelte Unterart zerlegt: als fiducia cum creditore, bei welcher der fiduciae accipiens zur Rückgabe der fiducia nur gegen ein bedungenes Entgelt verpflichtet iſt, deren Formel daher als weſentlichen Beſtandtheil eine hierauf bezügliche Clauſel enthielt und deren Klage auf das simplum ſich richtet; und als fiducia cum amico, bei welcher der fiduciae accipiens ohne bedungenes Entgelt zur Rückgabe verpflichtet iſt, deren Formel daher der obigen Clauſel entbehrt, deren Klage nun aber auf das duplum ſich richtet[253]).

253) Vgl. Thl. II, 541. Andere Anſichten vertreten Demelius, Unter-

Und ſo nun findet insbeſondere dieſe fiducia cum amico nicht allein Verwendung bei familienrechtlichen Rechtsgeſchäften: bei coëmtio fiduciae causa, bei datio in adoptionem und bei emancipatio [254]), ſondern auch bei den mannichfachſten pecuniären Geſchäftsproportionen, ſo bei depositum [255]) und ſo zweifelsohne auch bei commodatum, ſodann bei reſolutiv geſtellter mortis causa donatio [256]) und ſo zweifelsohne auch als Form der donatio sub modo, wo die remancipatio auf den Fall der Nichterfüllung des Modus geſtellt wird [257]); ferner als Form der reſolutiv geſtellten noxae datio, dafern die remancipatio auf den Fall geſtellt wird, daß der noxae deditus bei angeſtellter Tortur als unſchuldig ſich erweist [258]) und ſo zweifelsohne auch bei dotis datio (ſ. A. 214) ſo, daß die remancipatio dotis auf den Scheidungsfall geſtellt iſt; nicht minder als Form der emtio venditio, dafern das zu einem opus faciendum Gelieferte und das opus faciendum ſelbſt res communis des emtor und venditor werden ſoll [259]), ſowie als Form, um eine dingliche Oblaſt, wie z. B. den ususfructus bei der remancipatio auf ein Grundſtück zu legen [260]), überhaupt aber für alle Innominatcontracte auf do ut reddas, dafern das reddere unentgeltlich iſt. So daher, indem ein Theil der ſolennen Ge-

---

ſuchungen I, 29 und in Ztſchr. f. R. G. II, 225. Aſher in Ztſchr. f. Civilr. u. Proc. N. F. XXII, 277 fg. Ubbelohde, Geſch. d. ben. Realcontracte § 22.

254) Gai. I, 114. 115. 195[a]. — I, 134. 140. — I, 132. 137. 140. 172.

255) Gai. II, 60. Boëth. in Top. p. 340. Or. Paul. 31 ad Ed. (D. XVI, 3, 13. § 1.)

256) Pap. 13 Resp. (D. XXXIX, 6, 42), wozu vgl. 12 Resp. (fr. Vat. 252[a]), Liv. XXXII, 38, 2, Keller, Inſt. 344. Voigt, Cond. ob caus. 725.

257) Voigt, a. O. 710.

258) Pomp. 22 ad Sab. (D. XII, 4, 15) und dazu Voigt, a. O. 701 fg.

259) Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 2): si aream tibi vendidi certo pretio et mancipio dedi (Trib.: tradidi) ita, ut insula aedificata partem dimidiam mihi remancipes (Trib.: retradas).

260) So z. B. Paul. 1 Man. (fr. Vat. 51): adquiri nobis potest ususfructus et per eos quos in potestate, manu mancipiove habemus — — per mancipationem ita —, ut nos proprietatem, quae illis mancipio data sit, deductu usufructu remancipemus.

ſchäfte ſo conſtruirt war, daß dieſelben auf weſentlich verſchiedene Geſchäftsproportionen anwendbar waren, ſo gewannen nun damit dieſelben den Character äußerſter Elaſticität und freieſter Verwendbarkeit, die Fähigkeit, gleich einem Gefäße, nicht allein einen verſchiedenen Inhalt in ſich aufzunehmen, der einfach die nämliche wirthſchaftliche Proportion in individuell verſchiedener Weiſe ausprägt, ſondern auch Geſchäfte in ſich aufzunehmen, die auf weſentlich verſchiedenen wirthſchaftlichen Proportionen beruhen. Ja einer parallelen Erſcheinung begegnen wir ſogar bezüglich eines unſolennen Geſchäftes, der legitima pactio inſofern, als man die Publicanen-Societät auf die Rechtsfigur der Corporation zurückführte (während dieſelbe doch vielmehr societas war), weil man zur Zeit des Aufkommens Jener dieſe letztere als Contract noch nicht kannte[261]).

Dennoch aber, wenn immer dieſe Elaſticität der Rechtsgeſchäfts-Figuren jenen Uebelſtand ihrer geringfügigen Zahl bedeutend abſchwächt, beſeitigt ſie denſelben doch durchaus nicht vollſtändig, indem noch zahlreiche und wichtige Geſchäfts-Proportionen verbleiben, die nicht oder doch nicht ohne größere Unbequemlichkeiten in jene Geſchäfts-Formen ſich hineinpaſſen ließen, wie namentlich die Credit-Geſchäfte im Allgemeinen[262]) und donatio oder emtio venditio insbeſondere, ingleichen locatio conductio, mandatum, societas, wie überhaupt alle auf ein facere gerichteten Geſchäfte, während gleichwohl ein Theil ſolcher Verkehrsverhältniſſe erweislich bereits in der früheſten Periode des römiſchen Volkslebens ſich vorfindet, wie z. B. die

---

261) Aus Liv. XXIII, 48, 10. c. 49 erhellt, daß die Publicanen-Societäten älter ſind als 537. Im Uebrigen vgl. Schilling, Inſt. § 313 nn. oo.

262) Die XII Taf. erforderten bezüglich der Mancipation zweiſeitige Erfüllung Zug um Zug: Tradition gegen Zahlung des pretium emtionis. Creditirung der Tradition iſt ihnen unbekannt und wird erſt in der 2. Periode für möglich erklärt (A. 475[a]); Creditirung des pretium emtionis laſſen die XII Taf. nur inſoweit nach, als ſie an Stelle der Zahlung Satisdation durch vades geſtatten (A. 80. 218), wogegen Gewährung von unverbürgtem Credit des pretium ausgeſchloſſen iſt: J. Just. II, 1, 41 und Theoph. in h. l. (Thl. II, 541. 543. Beil. XII, § XI). Und gleiche Ordnung findet ſich in der Legislation des Charondas von Thurii: Thl. II A. 235 und in dem attiſchen Rechte: Platner, Proc. II, 340.

emtio auf Credit, die locatio conductio rei[263]), wie operis[264]), und das pignus[265]). Auch die Reception der Stipulation auf dare certum aes, wie triticum und des Literalcontractes (§ 32) brachte hierin nur theilweiſe Abhülfe.

Sodann der zweite der obigen beiden Momente iſt gegeben in der eigenthümlichen Geſtaltung jener Geſchäfts-Formen: in deren Schwerfälligkeit und Complicirtheit im Allgemeinen, insbeſondere aber in dem Erforderniſſe einer Mehrheit von Solennitätszeugen, welches gerade bei den für den bürgerlichen Verkehr allerwichtigſten Geſchäften: bei mancipatio, nexum und den denuntiationes ſich vorfindet. Zwar fällt nun dieſer Moment nicht ins Gewicht bezüglich der Familien-, wie erbrechtlichen Geſchäfte, da hier die Wichtigkeit der dadurch betroffenen Intereſſen allenthalben die Anwendung eines reicheren Apparates an Solennitäten oder Formen gerechtfertigt erſcheinen läßt; wohl aber ſind es die dem dinglichen, wie dem Obligationen-Rechte angehörigen Rechtsgeſchäfte, bei welchen namentlich dann, wenn dadurch nur geringfügige pecuniäre Intereſſen betroffen wurden, es der Mühe ſich nicht lohnte, jenen umſtändlichen juriſtiſchen Apparat in Anwendnng zu bringen, da die Geringfügigkeit des Zweckes ſolchem großartigen Mittel nicht entſprach. Und wenn nun in dieſer Sachlage allerdings eine wichtige Aenderung durch die Reception der Stipulation herbeigeführt ward, ſo iſt doch wiederum der Wirkungskreis derſelben während des hier fraglichen Zeitabſchnittes ein zu beſchränkter, als daß damit eine durchgreifende Beſeitigung jenes Uebelſtandes gegeben geweſen wäre.

---

263) Gai. IV, 27: introducta est pignoris capio — lege XII tab. adversus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet, item adversus eum, qui mercedem non redderet, pro eo iumento, quod quis — locasset.

264) Eine locat. cond. operis älteſten Datums iſt die locatio funeris, welche mit einem libitinarius abgeſchloſſen wurde, der das Begräbniß in Accord übernahm und das erforderliche Material, wie Perſonal: ſo z. B. die tibicines (XII Taf. bei Cic. de Leg. II, 23, 59), die vespae, vespillones (Leichenträger und Todtengräber ſ. Zeyß in Kuhn's Ztſchr. f. vergl. Sprachforſch. 1870 XIX, 178 fg.) ſtellte; vgl. Marquardt, r. Alterth. V, 1, 380.

265) So in dem foedus Cassianum v. 261 (Thl. II A. 152. 193) und in der ſogenannten leg. a. per pignoris capionem.

Dieſe beiden Momente zuſammen: jener Mangel an Rechtsgeſchäfts-Figuren für zahlreiche Lebensverhältniſſe und Verkehrsbewegungen, wie dieſes ſchwerfällige und ſchleppende, ungelenkige und beſchwerliche Weſen der gegebenen Rechtsgeſchäfts-Formen laſſen aber erkennen, daß der rigor das Gebiet des Rechtsgeſchäftes in dem älteſten Rechte in äußerſtem Maaße beſchränkte, zahlreiche Verkehrsverhältniſſe ſei es direct, ſei es indirect von der Rechtsordnung ausſchließend, und ergiebt nun ſo ein rechtshiſtoriſches Problem von hoher Bedeutung in der Frage, wie mit jenem Rechte der bürgerliche Verkehr des alten Rom und namentlich das tägliche Leben auskommen und ſich behelfen konnte. Dieſe Frage aber iſt bis jetzt nur ganz vereinzelt in das Auge gefaßt, dann aber auch durch die Annahme gelöſt worden, es ſei bereits im älteſten Rechte neben den in § 32 zuſammengeſtellten Geſchäften noch eine zweite Gruppe von unſolennen Rechtsgeſchäften mit durchaus parallelen wirthſchaftlichen Funktionen gegeben, ſomit alſo bereits das XII Tafelrecht von dem Gegenſatze des strictum ius und des aequum et bonum durchſetzt und geſpalten geweſen[266]). Allein wie dieſe Annahme mit abſoluter Sicherheit als ein hiſtoriſcher Irrthum zu verwerfen iſt, der zu dem ſchroffſten Conflict mit allen Zeugniſſen über die geſchichtliche Entwickelung des römiſchen

---

266) So ſtatuirt Huſchke, Nexum 48 fg. neben fiducia das pignus, neben mancipatio die traditio, neben nexum das mutuum: „denn wer wird glauben, daß, wenn Jemand z. B. mit einem Freunde in einen Laden ging, etwas zu kaufen, und ihm einige sextantes fehlten, der Freund ſie ihm in Form des nexum geliehen haben werde?“ Und ebenſo Arndts in Haimerl's Oeſterr. Vierteljahrsſchr. 1866 XVII, 194: „Iſt es denn wohl wahrſcheinlich, daß man in den Zeiten von den XII Taf. bis Cicero es auch nur anſtändig, geſchweige denn für einen diligens paterfamilias nothwendig gefunden habe, ſich den Umſtändlichkeiten der fiducia zu unterziehen, wenn man auf kurze Zeit der Abweſenheit, z. B. um der Weinleſe auf ſeinem Landgute beizuwohnen, ſeine Baarſchaft oder Bücher und dergl. — — der Obhut eines befreundeten Bürgers oder eines ergebenen Freigelaſſenen anvertrauen wollte, und daß man, wenn man es verſäumt und in der Treue des Erkorenen ſich geirrt hatte, ohne Rechtshilfe geweſen ſei?“ Vgl. dagegen Thl. II § 68. Durch gleiche Deduction ließe ſich überdem ja auch beweiſen, daß das pactum do ut manumittas und dergl. bereits nach den XII Taf. klagbar war.

Privatrechtes, wie Civilproceſſes unabweisbar führt, ſo ergiebt ſich andererſeits die Löſung jenes Problemes in einer ganz anderen Richtung und zwar aus den beiden Thatſachen, daß in dem alten Rom einestheils ein großer Theil der Lebens- und Verkehrsverhältniſſe, welche in ſpäteren Jahrhunderten ſehr wichtige Rechtsverhältniſſe ergaben, einer juriſtiſchen Regelung an ſich noch gar nicht bedurfte, anderntheils aber auch der bürgerliche Verkehr und das geſchäftliche Leben zum großen Theile ganz außerhalb der Gränzen des Rechtes und lediglich innerhalb der Sphäre der bürgerlichen Sitte, der mores ſich bewegte.

Und zwar beruht jener erſtere Punkt theils darauf, daß Rom in dem gegenwärtigen Zeitabſchnitte in culturhiſtoriſcher Beziehung in der Agriculturperiode ſich befindet, und der Mercantil- und Induſtrieperiode noch durchaus fern ſteht (Thl. II § 71 fg.): denn in Folge deſſen iſt die geſammte Gruppe von Verkehrsbewegungen und Geſchäftsverhältniſſen, welche erſt durch die Bedürfniſſe und Geſtaltungen des großen Handels und deſſen regeren und ausgedehnteren Verkehr hervorgerufen werden, dem alten Rom völlig unbekannt, ſo die Societät, das große Creditgeſchäft, das Commiſſionsgeſchäft, die kaufmänniſche Procura, wie alle auf den Seehandel bezüglichen Rechtsverhältniſſe (Thl. II § 75); theils aber auch darauf, daß Rom zu gleicher Zeit auch noch in der Periode innerer und wirthſchaftlicher Iſolirtheit ſich befindet, wo durch Selbſtproduction und eigene Arbeit die Bedürfniſſe des täglichen Lebens zum größten Theile gedeckt und befriedigt werden[267], in Folge deſſen aber mannichfache Geſchäftsproportionen an volkswirthſchaftlicher Bedeutung um ein Bedeutendes verlieren, wie emtio venditio und locatio conductio operis, wie operarum.

Was dagegen jenen zweiten Punkt betrifft, ſo iſt derſelbe in § 36 im Beſonderen darzulegen.

---

267) Vgl. Thl. II A. 727b. Für den hiſtoriſchen Beweis dieſes Satzes bieten die Quellen reiches Material: allein daſſelbe läßt ſich hier nicht verwerthen, weil jener Beweis zu weit ableiten würde von unſerer Aufgabe.

§ 35.

Die durch den rigor bedingten Consequenzen in der Rechtstheorie.

Die faſt ausſchließliche Geltung des rigor reflectirt in gewiſſen Rechtsordnungen, welche als Conſequenzen durch jenes Princip bedingt ſind.

Und zwar zunächſt, indem der rigor den Schwerpunkt des Rechtsactes in deſſen äußeres oder formales Element, in das dictum oder scriptum verlegt, ſo ſteht nun hiermit in Harmonie jene bereits in § 34 berührte Thatſache, daß für die Rechtsacte dieſer Periode als die weſentlichen und conſtitutiven Merkmale deren verba certa, solennia, directa anerkannt werden, ſomit aber dieſe Merkmale aus der Sphäre jenes formalen Elementes entnommen ſind und hierauf die juriſtiſche Weſenbeſtimmung des Rechtsactes geſtützt iſt. Und wenn auch dieſe letztere Methode nicht mit ſtricter Folgemäßigkeit durch jenes Princip des rigor bedingt iſt, ſo ſteht dieſelbe mit dem Letzteren doch in dem unmittelbarſten hiſtoriſchen Zuſammenhange (§ 43).

Und ſodann, indem der rigor das legale nuncupative Wort ebenſo als die nothwendige Form der juriſtiſchen Willenserklärung, wie als das rechtsverbindliche Element des Rechtsgeſchäftes hinſtellt, ſo mußte nun als ein juriſtiſch ſehr wichtiger Abſchnitt in dem Lebensalter des Menſchen der Zeitpunkt ſich darſtellen, wo Jener die Fertigkeit erlangte, in der geſetzlich erforderten Weiſe zu ſprechen: ebenſo laut und vernehmlich, wie fließend und ohne Stocken, als auch ſprachlich correct und im Zuſammenhang (§ 2). Und indem man das derartige Sprechen alttechniſch als fari bezeichnete, daſſelbe einerſeits dem fabulari, dem Lallen oder Stammeln, wie kindlichen Sprechen entgegenſetzend, und andererſeits von dem loqui, als dem Reden mit Einſicht und Verſtändniß unterſcheidend[268]), ſo erkannte man

---

268) Die älteſte römiſche Nationalanſchauung unterſcheidet in der Fertigkeit des Sprechens drei Grade: das fabulari d. i. das ſprachlich oder lautlich nicht correcte Sprechen, ſomit das Lallen oder Stammeln, wie auch das Sprechen des Kindes in den früheſten Lebensjahren, geſtellt unter die Obhut des Deus Fabulinus: Varr. Catus bei Non. 532: cum primo

an den Erwerb der Fertigkeit des fari als einen wahren Wendepunkt im Leben an, welcher die Menſchen in fantes und infantes ſchied[269]), und von welchem ab die juriſtiſche Hand-

---

fari (im untechniſchen Sinne) incipiebant, sacrificabant Divo Fabulino. Sodann das fari, das ſprachlich, wie lautlich correcte Sprechen, geſtellt unter die Obhut des Deus Farinus; endlich das loqui, das Sprechen mit Einſicht und Verſtändniß, geſtellt unter die Obhut des Deus Locutius: Tertull. adv. Nat. II, 11. Preller, r. Myth. 580. Fabulari und fari ſind daher Acte rein phyſiſcher Thätigkeit, loqui dagegen iſt Act pſychiſch-phyſiſcher Thätigkeit. Daß insbeſondere das fari Einſicht in den Redeſtoff nicht nothwendig vorausſetzt, bekunden Gai. III, 109 (ſ. A. 269), 27 ad Ed. (D. XLVI, 6, 6): pupillus — — si — fari potest, etiamsi eius aetatis erit, ut non intelligat, quid agat; Paul. 2 ad Sab. (D. XXIX, 2, 9): pupillus, si fari possit, licet huius aetatis sit, ut causam acquirendae hereditatis non intelligat; und (D. L, 17, 5): qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent.

269) Nach den drei Graden der Fertigkeit des Sprechens in A. 268 unterſcheiden die Römer vier Altersſtufen: 1. die Fertigkeit des fari prädicirt das Individuum als fans, der Mangel dagegen dieſer Fertigkeit, ſo lange alſo das Sprechen nur ein fabulari iſt oder ſelbſt dieſes noch nicht erlernt iſt, als infans: Varr. LL. VI, 7, 52: fatur is, qui primum homo significabilem (d. i. ſprachlich und lautlich correct) ore mittit vocem; ab eo, antequam ita faciant, pueri dicuntur infantes; Non. Marc. 56, 3: infantes usque eo appellandi sunt, donec coeperint fari; Pap. Vocab.: infans homo primae aetatis, dictus, quod adhuc fari nesciat; nondum enim bene ordinatis dentibus non exprimit sermonem; Maec. 5 Fideic. (D. XXXVI, 1, 65. § 3), Gai. 2 de Verb. Obl. (D. XLV, 1, 141. § 2), 27 ad Ed. (D. XLVI, 6, 6), Ulp. 5 Fideic. (D. XL, 5, 30. § 1. 2), 11 ad Ed. (D. XLV, 1, 70), Paul. 2 ad Sab. (ſ. A. 268), Diocl. et Max. im C. Just. VI, 56, 1. Als feſte Gränze für jene Altersſtufe ward frühzeitig das 7. Lebensjahr angenommen: Varr. bei Serv. in Aen. V, 295. Plin. H. N. XI, 37, 174: septumo ferme anno sermonem exprimit (sc. lingua); Ulp. 35 ad Ed. (D. XXVI, 7, 1. § 2): qui fari non possunt, — — qui supra septimum annum aetatis sunt; Arc. Hon. et Th. im C. Th. VIII, 18, 8. pr. Th. et Val. im C. Just. VI, 30, 18. pr. § 4. Isid. Orig. XI, 2, 2 und daraus Pap. Vocab., vgl. Quint. J. O. I, 1, 15. Macr. Sat. I, 6, 70. Modest. 4 Diff. (D. XXIII, 1, 14). Jene Definitionen von infans als is, qui fari non potest ward indeß von den Späteren aufgegeben, weil fari antiquirt war, und ſtatt dieſes Wortes nunmehr loqui verwendet, ſo von Quint. I, 1, 18: ex quo (sc. septimo anno) loqui poterunt; Macr. in Somn. Scip. I, 6, 70: anno — septimo plene absolvitur integritas loquendi; Isid. Orig. XI, 2, 9: dictus — infans, quia adhuc fari id est loqui non potest, vgl. Gai. 2 Aur. (D.

lungsfähigkeit beginnt, die Fähigkeit nämlich, in eigener Perſon die Rechtsacte vorzunehmen, wogegen die verſtandesmäßige Einſicht beim Sprechen, ſomit die Fertigkeit des loqui hierfür nicht erfordert ward, weil jene etwa mangelnde Einſicht durch die tutoris auctoritas ergänzt wurde[270].

Endlich ergab jenes Princip des rigor auch die Handlungsunfähigkeit des mutus und surdus in Bezug auf die Rechtsacte, da Jenem die Fähigkeit, Dieſem die Fertigkeit des Sprechens, ſomit alſo Beiden die Fähigkeit zur Vollziehung der ſolennen Rechtsacte mangelt. Dieſe Rechtsordnung aber reflectirt in der That noch in mehrfachen Sätzen des ſpäteren Rechtes, durch welche dem Stummen, wie Tauben die Handlungsfähigkeit nicht bloß bezüglich desjenigen Rechtsgeſchäftes abgeſprochen wird, welches ſolenn und nuncupativ geblieben war, wie Stipulation oder manumissio per vindictam[271], ſondern auch bezüglich desjenigen Rechtsgeſchäftes, welches entweder neben der nuncupativen auch die literale Form angenommen hatte, wie das testamentum[272], oder welches alle ſolenne Form verloren

---

XLIV, 7, 1. § 13); allein in dieſer Definition iſt der alttechniſche Begriff von loqui (A. 268) mißachtet und inſofern daher die alte Terminologie ſelbſt corrumpirt. — 2. Die Fertigkeit des loqui im alttechniſchen Sinne: das Sprechen mit Einſicht und Verſtändniß begründet eine weitere Entwicklungsſtufe, welche denjenigen fans, der ſolcher Fertigkeit entbehrt, als infantiae proximus, denjenigen impubes dagegen, der dieſelbe beſitzt, als pubertati proximus oder vicinus qualificirt: Gai. III, 109 (Just. Inst. III,19, 10): infans et qui infanti proximus est — — nullum intellectum habent; denn in dem Mangel an Einſicht ſteht der infantiae proximus dem infans gleich: Sen. Ep. 121, 14: infans — cum rationalis nondum sit, und ähnlich 124, 8. Vgl. Schrader zu Inst. III, 19, 10 und Savigny Syſt. § 107, deſſen Beſtimmungen der verſchiedenen menſchlichen Entwicklungsſtufen jedoch der römiſchen Auffaſſung nicht entſprechen.

270) Gai. 2 de Verb. Obl. (D. XLV, 1, 141. § 2), 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 13), 27 ad Ed. (D. XLVI, 6, 6), Ulp. 11 ad Ed. (D. XLV, 1, 70): stipulari und promittere; vgl. Arc. Hon. et Th. im C. Th. VIII, 18, 8. pr., ſowie Paul. 2 ad Sab. (ſ. A. 268) u. a. m.

271) Gai. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 14. 15), Paul. Sent. rec. IV, 12, 2.

272) Gai. 17 ad Ed. prov. (D. XXVIII, 1, 6. § 1), Pap. 6 Resp. (D. XXXVIII, 8, 9. § 1), Ulp. fr. XX, 13. J. Just. II, 12, 3. Die Willkürlichkeit dieſes Rechtsſatzes' hebt hervor Justinian. im Cod. VI, 22, 10.

[illegible], wie die tutoris auctoritas[273]) und manumissio minus solennis[274]), oder welches die Fähigkeit des Sprechens zu keiner Zeit unmittelbar erfordert hatte, wie die Function des mutus als Solennitätszeuge[275]). Und zwar sind alle diese Rechtssätze um so significanter, als bezüglich der jüngeren, von vornherein unsolennen Rechtsacte die Handlungsfähigkeit des mutus und surdus nicht beschränkt wird[276]).

Weisen daher diese Momente mit Sicherheit darauf hin, daß in dem gegenwärtigen Zeitraume den muti und surdi die Handlungsfähigkeit vollständig abgesprochen wurde, so bedingt dies wiederum in einfacher Consequenz, daß dieselben einer Vormundschaft unterstellt waren. Und dies wiederum kann nur die cura furiosi gewesen sein, da von den vier, den XII Tafeln bekannten Vormundschaften nur diese hierbei anwendbar ist, überdem aber auch die Auffassung des mutus, wie surdus als furiosus einer Zeit nahe liegen mußte, welche weder Verständniß, noch Mittel, noch Methode besaß, den Stummen oder Tauben in Contact mit dem bürgerlichen Leben zu setzen und denselben mit Kenntnissen und Einsicht, ja überhaupt nur mit der bescheidensten geistigen Erudition auszustatten, und welche überhaupt weder medicinische Wissenschaft[277]), noch psychologische Theorie kannte.

---

273) Paul. 38 ad Ed. (D. XXVI, 1, 1. § 2. 3); daher können sie gar nicht tutores sein, was bezüglich der legitimi tutor. noch von Hermog. Jur. Epit. (D. XXVI, 4, 10. § 1) anerkannt ist. Aus Ulp. 1 ad Sab. (XXVI, 8, 1. § 1) entnehme ich, daß die tutoris auctoritas auch stillschweigend interponirt werden konnte, was verneint Keller, Pand. § 432.

274) Cels. bei Ulp. 1 ad Sab. (D. XL, 9, 1) sagt: utilitatis gratia — manumittere posse, was auf eine neuere Entstehung dieses Rechtssatzes hinweist; vgl. Marc. 3 Reg. (D. XL, 2, 10).

275) Ulp. fr. XX, 7.

276) Maec. 5 Fideic. (D. XXXVI, 1, 65. § 3), Ulp. 1 ad Sab. (D. XXIX, 1, 4), Paul. 3. 8 ad Ed. (D. II, 14, 4. § 1. III, 3, 43. pr.), Hermog. 6 Jur. Epit. (D. XXXIX, 5, 33. § 2.), J. Just. II, 11, 2. Ebenso beruht die Unfähigkeit zum Postuliren für Dritte auf besonderer Vorschrift des Edictes: Ulp. 6 ad Ed. (D. III, 1, 1. § 3).

277) Die älteste Zeit kannte lediglich theils einige priesterliche Heilpraxis in der Stadt Rom, theils Hausmittel und sympathetische Mittel. Der erste und zwar griechische Arzt, ein Chirurg, Namens Achagathus

Und jene Annahme findet in der That auch eine Unterstützung darin, daß das Edict des praetor urb. de postulando unter denjenigen Personen, für welche auch der infamis postuliren konnte, lediglich den furiosus nennt, die spätere Zeit aber hierauf die gleiche Befugniß des curator rücksichtlich des mutus und surdus stützte[278].

Erst nach diesem Edicte substituirte man jener cura furiosi eine cura debilium[279], wofür die cura fatui des edictum provinciale ein Vorbild bot[280].

§ 36.

Das Herrschaftsgebiet der fides (aequitas).

In § 31 sind die Momente dargelegt, auf denen die Stellung der fides, somit der aequitas der späteren Zeit, in dem gegenwärtigen Zeitraume beruht: es treten hervor zwei große, selbstständige Gebiete des geschäftlichen Verkehres, das ius und die mores, in denen je rigor und aequitas, je iustitia und fides gesondert und selbstständig herrschen; demgemäß aber fällt die fides, als das Verhalten, welches dem Principe der voluntas entspricht, durchaus nur in die Sphäre der mores, nicht aber des ius und umfaßt daher, abgesehen von den in § 32 dargelegten Ausnahmen, einzig und allein den rein socialen Lebensverkehr im Gegensatze zu dem rechtsgeschäftlichen. Dabei aber ist es ein sehr großer Theil des gesammten geschäftlichen Verkehrs, der in jener Weise außerhalb des Rechtes und lediglich in der Sphäre der mores sich bewegt und zwar von den Interessenten selbst auf das Fundament der fides gestützt wird. Die Veranlassung hierfür ist aber vornämlich eine dreifache: theils machte der Verkehr von den für ein Geschäft dargebotenen juristischen Formen keinen Gebrauch, und dies namentlich

---

kam 535 nach Rom: Cass. Hemina bei Plin. H. N. XXIX, 1, 6. vgl. § 5—8.

278) Ulp. 6 ad. Ed. (D. III, 1, 1. § 11) und Pomp. daſ. (D. cit. 3. § 3).

279) Ulp. 6 ad Ed. (D. III, 1, 3. § 3), 8 de Omn. Trib. (D. XXVI, 3, 8. § 3), Paul. 60 ad Ed. (D. XLII, 5, 20), J. Just. I, 23, 4.

280) Vgl. das edict. prov. de postulando bei Gai. 1 ad Ed. prov. (D. III, 1, 2).

um deßwillen, weil ſolche juriſtiſche Solennität zu beſchwerlich und ſchleppend war, ſo daß man aus freier Entſchließung es vorzog, das Geſchäft auf das Fundament der fides anſtatt des ius zu ſtellen (§ 34); theils bot das Recht für die von den Intereſſenten in einem Geſchäfte zur Ausprägung gebrachte Geſchäftsproportion überhaupt keine paſſende und verwendbare Rechtsgeſchäfts-Form, ſo daß ſomit ſchlechthin die Möglichkeit einer Ueberleitung des Geſchäftes in die Rechtsſphäre verſagt war (§ 34); theils endlich ſtand das abgeſchloſſene Geſchäft um deßwillen nicht auf der Baſis des Rechtes, weil der eine Paciscent des commercium nicht theilhaft war, ſo z. B. bei der venditio trans Tiberim der XII Tafeln, wo dem Etrusker das römiſche commercium fehlte (Thl. II A. 150), wie auch bei dem Selbſtfreikaufen des Sclaven (A. 300), ingleichen bis zu den XII Tafeln bezüglich aller geſchäftlichen Beziehungen zwiſchen dem Clienten und Patron (A. 301).

Die Geſchäfte ſelbſt aber, welche aus der einen oder anderen Veranlaſſung auf das Fundament der fides geſtellt werden, zerfallen in zwei Gruppen und zwar

A. Geſchäfte, bei denen nur in untergeordneter Maaße die fides der Intereſſenten engagirt iſt, und die ſonach ohne erhebliches Riſico der Ordnung der mores unterſtellt werden konnten. Dies aber ſind

1. Erfüllungsgeſchäfte im Falle geſchehener Veräußerung, inſofern deren Vollzug nicht in juriſtiſcher Form, ſondern nur durch einfache traditio erfolgt, wo nun in thesi die rei vindicatio des tradirten Objectes dem Tradenten gewahrt bleibt[281]). Solche nicht juriſtiſche Erfüllung der Veräußerung gelangte aber in Anwendung, ohne daß dieſe letztere Gefahr von Gewicht war:

a. bei Veräußerung von Conſumtibilien, wo durch die Conſumtion des Objectes Seitens des Erwerbers die rei vindicatio des Veräußerers erliſcht. Dieſe Praxis aber läßt durchblicken

281) Dieſer Rechtsſatz galt bis zur Proponirung der exc. rei venditae et traditae im J. 514—518 (Beil. XXI § XI). Das Recht ſelbſt greift im einzigen Falle allerdings durch die kurze Verjährung: usucapio und usurecaptio unterſtützend ein.

Varr. R. R. II, 5, 11: lanii, qui ad cultrum bovem emunt, et qui ad altaria, hostiae sanitatem non solent stipulari; und Gai. IV, 28.: qui hostiam emisset nec pretium redderet, wo ſicher an einfache Tradition zu denken iſt, da bei Mancipation ein unfundirter Credit ausgeſchloſſen iſt (A. 262);

b. wahrſcheinlich bei jeder Veräußerung von geringfügigen Objecten, wo ſchon die Bedenklichkeit oder Unbequemlichkeit des Proceſſes an ſich, wie die Gefahr, den guten Namen zu verlieren, gegenüber der Geringfügigkeit des Gewinnes von der rei vindicatio abſchrecken mußten;

c. bei Veräußerungsgeſchäften mit einem Peregrinen, mit deſſen Volke Rom nicht in dem Verhältniſſe von wechſelſeitigem commercium und recuperatio ſtand, da in ſolchem Falle jedem der beiden Intereſſenten die Proceßfähigkeit mangelte. Und hierauf weiſt denn hin die venditio des addictus trans Tiberim der XII Taf. (Thl. II. A. 150).

Und alle dieſe drei Momente wirken beſtimmend ein bei dem Geſchäftsverkehre, der auf den mittelitaliſchen Jahrmärkten: beim Tempel der Voltumna im Volſiniſchen, beim Haine der Feronia im ager Capenas, beim Aphrodiſium zwiſchen Ardea und Antium, zu Fregellae, zu Rom endlich beim Dianentempel auf dem Aventin und während der feriae Latinae auf dem mons Albanus, ingleichen bei Gelegenheit der ludi Apollinares, Romani und Plebeii ſtattfanden[285]), bei welchen Märkten die benachbarten Völker, Etrusker und Sabiner, Latiner und Herniker, wie Römer zuſammentrafen, und bei deren Geſchäftsverkehre an einen Geſchäftsvollzug in juriſtiſch ſolenner Form ſchlechterdings nicht zu denken iſt.

2. Gleicher Gruppe gehört an die pignoris datio für eine juriſtiſch begründete Schuldverbindlichkeit; denn wenn auch hier dem pignori dans die rei vindicatio zuſtand, ſo ſetzte doch deren Gebrauch den Schuldner der ſtrengſten Anwendung des Schuldrechtes Seitens ſeines Creditor aus, und dies verbot ohne Weiteres die Benutzung jener Klage[286]).

285) Vgl. Thl. II, 571 und wegen Fregellae noch Str. V, 3, 10. p. 237.

286) Dernburg, Pfandr. I, 45 fg. Ueberdem iſt die Veräußerung der

3. Ferner Creditgeschäfte über geringfügige Beträge, wo um dieser Geringfügigkeit willen einerseits die Anwendung juristischer Solennitäten nicht gerechtfertigt, andrerseits die Gefahr eines Verlustes nicht zu befürchten oder nicht beachtlich war.

4. Endlich gehört hierher das Compromiß auf einen Schiedsrichter wegen einer streitigen juristisch begründeten Schuldforderung (s. § 42): denn da jenes Compromiß nicht novatorisch wirkte, so war dem Gläubiger der Weg der Klage oder dem Schuldner sein Einwand gegen die Letztere nicht abgeschnitten, wenn der andere Theil dem Schiedsspruche treulos nicht gehorchte.

B. Dahingegen bei anderen Geschäften ist die fides des Interessenten in ganz hervorragender Weise engagirt, und zwar in der Maaße, daß das Vertrauen in die fides des anderen Theiles die unentbehrliche Vorbedingung dafür bildet, daß das Geschäft ohne Rechtsform abgeschlossen und damit dem reellen Schutze des Rechtes entzogen, vielmehr lediglich unter die moralischen Garantieen der bürgerlichen Sitte gestellt wird.

Jenes Vertrauen aber auf die Gewissenhaftigkeit, somit der Anspruch selbst des einen Theiles auf die fides des Anderen, welche von dem Letzteren bei solchem Geschäfte zu prästiren ist, beruht wiederum auf zwiefältiger Unterlage, und zwar:

a. auf rein subjectiver, moralischer Werthschätzung des Anderen: es wird dem Letzteren jenes Maaß von Ehrenhaftigkeit und Gewissenhaftigkeit beigelegt, welches hinreichend ist, um Seitens desselben die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit zu sichern. Und dieses Fundament kann noch eine gesteigerte Sicherung erfahren durch die besondere Art und Weise der Engagirung der fides, wie z. B. durch Eid (§ 38). Allein

b. überdem kann die Verbindlichkeit zur Gewährung der fides auch auf einem ächten officium beruhen: auf einer civil- und sacral-rechtlichen Vorschrift oder doch wenigstens auf einem Postulate der Volksanschauung, welches die fides dem Gebiete

---

res pignori data Seitens ihres dominus unmöglich, so lange das pignus im Besitze des creditor sich befindet, weil mancipatio und in iure cessio seen Alters die Anwesenheit des betreffenden Objectes erfordern. Vgl. auch Beil. XXI A. 68. 91.

der rein moraliſchen Verpflichtungen entzieht, vielmehr es als Rechts- oder prärogative Gewiſſenspflicht hinſtellt, daß jene fides in allen wechſelſeitigen Beziehungen der Intereſſenten und ſo nun auch bei ſolchen Verhältniſſen und Geſchäften gewahrt werde, welche Rechtsgeſchäfte nicht ſind und etwa gar nicht ſein können. Und die Theorie von ſolchen officia haben die Römer ſehr ſorgſam ausgebildet und namentlich auch deren Rangordnung unter einander feſtgeſtellt, um danach den etwaigen Conflict der Treu- und Gewiſſens-Pflichten zu regeln und zu entſcheiden; und hiernach nun rangiren die Subjecte jener officia, abgeſehen von der patria, in nachſtehender Reihenfolge [287]): 1. parentes; 2. pupilli; 3. hospites [288]); 4. clientes [289]); 5. cognati; 6.

---

287) Nep. Them. 4: patriae sanctiora iura, quam hospitii; Lucil. sat. bei Lact. div. Inst. VI, 5: virtus est — — commoda — patriai prima putare, deinde parentum, tertia iam postremaque nostra; Cat. in Lentul. bei Gell. V, 13, 4: quod maiores sanctius habuere defendi pupillos, quam clientem non fallere. Adversus cognatos pro cliente testatur, testimonium adversus clientem nemo dicit: patrem primum, postea patronum proximum nomen habuere; Gell. XX, 1, 40: clientem — cariorem haberi quam propinquos tuendumque esse contra cognatos censuit; Sab. 3 Jur. civ. (Gell. V, 13, 5): in officiis apud maiores ita observatum est: primum tutelae, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea adfini; Gell. V, 13, 2: ex moribus pop. Rom. primum iuxta parentes locum tenere pupillos debere, fidei tutelaeque nostrae creditos; secundum eos proximum locum clientes habere, qui sese itidem in fidem patrociniumque nostrum dediderunt; tum in tertio loco esse hospites; postea esse cognatos adfinesque; C. Caes. pr. Bithyn. bei Gell. V, 13, 6: neque clientes sine summa infamia deseri non possunt: quibus etiam a propinquis nostris opem ferre instituimus; Cic. Part. Or. 19, 66: sitne aequum amicos cognatis anteferre? Aesop. bei Gell. II, 29, 7. 11., wonach die cognati et adfines näher ſtehen als die amici; vgl. Cic. de Off. III, 10, 46: fides anteponetur amicitiae.

288) Das Verhältniß zwiſchen patronus und hospes ruht auf völkerrechtlicher Sanction: Thl. II, 59.

289) Die Stellung des Patron zum Clienten ſtützt noch das XII Tafelgeſetz mittelbar auf die fides: patronus, si clienti fraudem fecerit, sacer esto. Vgl. Thl. II § 38. 41. In älterer Zeit beruhte alles und jedes Geſchäft zwiſchen Patron und Clienten allein auf der Grundlage der fides, da der Client keine Rechtsfähigkeit beſaß: Becker, r. Alt. II, 1, 128; erſt durch die XII Taf. erlangte er ſolche, wie der Proceß über die Verginia beweiſt.

affines und 7. amici [290]). Und ein gleiches officium haben wir auch anzuerkennen in der Stellung des Herrn gegenüber dem Sclaven, dafern Letzterer mit eigenen Mitteln von dem Ersteren sich frei kaufte (A. 300).

Im Besonderen nun sind es folgende einfache Lebensgeschäfte, welche auf solcher Grundlage der fides sich bewegen:

1. die Erfüllungsgeschäfte im Falle geschehener Veräußerung, insofern dieselben nicht in juristischer Form, sondern als einfache traditio sich vollziehen, ohne daß dabei die Verhältnisse unter A 1 obwalteten. Das Vorkommen solcher Geschäfte wird bekundet sowohl durch die usureceptio fiduciae bei Gai. II, 59. 60, theils dadurch, das es im Anfange des 6. Jahrhunderts die Proponirung der exc. rei venditae et traditae, wie der a. Publiciana in rem veranlaßte (Beil. XXI § II). Und hierher gehört auch, daß die divisio hereditatis zwischen Miterben vielfach ohne juristische Solennität sich vollzogen zu haben scheint.

2. Die pignoris datio für eine nicht juristische, vielmehr rein moralische Verbindlichkeit [291]).

3. Die Stellvertretung und zwar

a. das mandatum in dem Verhältnisse des Mandanten zum Mandatar, welches, noch zu Plautus' Zeit auf die fides allein des Mandatar gestellt, in mehrfachen Beispielen bei Jenem sich vorfindet [292]) und welches, als reines Freundschaftsgeschäft [293]), in dem officium amicitiae eine gesteigerte Garantie fand (A. 287. 366 fg.);

b. insbesondere die Stellung des familiae emtor in seiner

---

290) Wegen der cognati, affines und amici vgl. § 42.

291) Beispiele s. in § 42; vgl. Plin. H. N. XXXIII, 1, 28 (s. Beil. XIX, § VII unter I).

292) Plaut. Curc. II, 3, 67 fg. IV. 2, 8. Merc. II, 3, 90 fg.. Vgl. Demelius in Ztschr. f. R. G. II, 196 fg.

293) Cic. p. Rosc. Am. 39, 112: neque mandat quisquam fere, nisi amico; vgl. 38, 111; Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 1. § 4): mandatum — originem ex officio atque amicitia trahit; contrarium ergo est officio mercis d. h. der Character des Mandats als Freundschaftsgeschäft wird auch nach dessen Klagbarkeit beibehalten und gewahrt in dessen Unentgeltlichkeit.

älteſten Function bei Gai. II, 102. 103, wo derſelbe als Mandatar des Erblaſſers den Nachlaß zur Vertheilung bringt, dabei aber ſolche Function nicht auf klagbarer Rechtspflicht, als vielmehr rein auf fides beruht;

c. die Bürgſchaft als fidepromissio und fideiussio in dem Verhältniſſe des Bürgen zu dem Haupt-Debitor, welche, der a. depensi nicht theilhaft, Klagbarkeit erſt nach Conſtituirung der a. mandati erlangte, ingleichen die adstipulatio in dem Verhältniſſe des adstipulator zu dem Hauptgläubiger, die ebenfalls erſt in der a. mandati klagbar ward [294]).

4. Die Creditgeſchäfte, inſoweit ſolche ſich nicht in eine juriſtiſche Form einkleideten und welche auf zwei Hauptverhältniſſe ſich zurückführen: Freundſchaftsdienſt, den man Jemanden erweiſt, und Creditgewährung an denjenigen, welchem die bereiten Zahlungsmittel fehlen. Und zwar

294) Die Auffaſſung der älteſten Zeit über das Verhältniß des Bürgen zum Hauptdebitor ging dahin: nicht die Verbürgung an ſich, als vielmehr einzig die Zahlung des Erſteren für den Letzteren auf Grund der Verbürgung begründet ein Rechtsverhältniß und zwar die a. depensi, eine Klage, welche durch die lex Publilia nicht neu geſchaffen, als vielmehr nur neu geregelt wurde und welche zuſtand ebenſo dem praes, wie dem vas und sponsor, als auch dem vindex, den anderen Bürgen der ſpäteren Zeit aber, wie fidepromissor und dergl. nicht ertheilt ward. Da ſomit die Verbürgung an ſich nicht Rechtsgeſchäft war zwiſchen Bürgen und Hauptdebitor, als vielmehr ein einfaches Lebensverhältniß begründete, ſo erzeugte ſie auch ebenſo wenig wie bei jenem älteren, ſo bei dieſen jüngeren Bürgſchaftsformen Klage. Nach Ausbildung der Contracte des ius gentium konnte jedoch dieſes einfache Lebensverhältniß zu einem Rechtsverhältniſſe ſich umwandeln, ſobald darin ein contractus oder quasi contractus ſich ausprägte: ein mandatum, die a. mandati begründend, oder eine negotiorum gestio mit a. negot. gest. oder ein Innominatcontract mit a. praescr. verb.: Voigt, Cond. ob caus. A. 386—388. Allein dafern nicht eine derartige Rechtsfigur in ſolcher Verbürgung ſich ausprägt, iſt dieſelbe auch in der Kaiſerzeit immer noch lediglich ein einfaches Lebensgeſchäft: ſie begründet keine Klage des Bürgen wider den Hauptdebitor und ſonach kein Rechtsverhältniß zwiſchen Beiden. Dies iſt die herrſchende Auffaſſung der Kaiſerzeit, ſo von Pap. 9 Quaest. (D. XVII, 1, 53), Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXIV, 3, 5. pr.), 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 6. § 2), Paul. 9 ad Ed. (D. XVII, 1, 40); eine andere Anſicht allerdings, welche Paul. cit. referirt, erkannte in jener Beziehung der Verbürgung unbedingt ein Rechtsverhältniß an und gab daher ſubſidiär die utilis negot. gestor. — Durchaus das Gleiche gilt auch von der adstipulatio: Gai. III, 111, 117.

a. jene Freundſchaftsdienſte beruhen auf der Sitte guter Nachbarſchaft und Freundſchaft, wie ſolche ebenſo zwiſchen Familien gleichen Standes, als auch zwiſchen Gutsnachbarn im alten Rom allgemein gehalten ward, und welche keinen Anſtand nehmen ließ, bei eintretendem Bedarfe einerſeits die Aushülfe der befreundeten Familien oder des Nachbars in Anſpruch zu nehmen, wie andrerſeits die erbetene Hülfe zu gewähren, und bereitwillig den Freundſchaftsdienſt zu leiſten, der, allen rechtlichen Schutzes bar, durchaus nur der Sphäre der mores und fides anheimfiel. Und ſolche freundnachbarliche Aushülfe bewegt ſich vornämlich in geſchäftlichen Proportionen, welche die ſpätere Zeit theils zum Contracte der mutui datio, des commodatum und depositum ausbildete[295]), theils aber auch als unentgeltliche perſönliche Hülfeleiſtung nie zur Rechtsfigur conſtruirte:

Plin. H. N. XXXIII, 11, 143. v. J. 411: legatos Carthaginiensium dixisse nullos hominum inter sese benignius vivere, quam Romanos: eodem enim argento apud omnis cenitavisse ipsos[296]);

Plaut. Aul. I, 2, 17 fg.: cultrum, securim, pistillum, mortarium, | quae utenda vasa semper vicini rogant;

Cat. R. R. 4: vicinis bonus esto; — si aedificabis, operis, iumentis, materia adiuvabunt[297]); 5, 4: duas aut tres familias habeat, unde utenda roget et quibus det;

Aesop. bei Gell. II, 29, 7: fac, amicos eas et roges,

295) Der Character als Geſchäfte zwiſchen Freunden kommt übrigens der mutui datio, dem depositum und commodatum zu ebenſo als reinen Freundſchafts-, wie als Rechts-Geſchäften; vgl. bezüglich der mutui datio: Plaut. Trin. III, 3, 28 fg. Asin. I, 3, 95. Curc. I, 1, 68. Pers. I, 1, 49. II, 3, 3 fg. Caecil. Stat. bei Non. 474, 1. Non. 439, 20; wegen des depositum: Juv. Sat. XIII, 14 fg. 60 fg.; wegen des commodatum: Plaut. Asin. II, 4, 88 fg.

296) Somit: die römiſchen Patricier borgten ſich (commodatweiſe) wechſelſeitig ihr Familien-Silbergeſchirr für die Gaſtmähler, die ſie im J. 411 zu Ehren der puniſchen Geſandten veranſtalteten.

297) Alle dieſe Hülfeleiſtungen ſind unentgeltlich: das adiuvare operis iſt zu keiner Zeit zum Rechtsgeſchäft erhoben worden; das adiuvare iumentis, wobei der Nachbar die Geſchirre zum Gebrauche überläßt, iſt Commodat der Kaiſerzeit; das adiuvare materia iſt mutui datio; das Baumaterial wird als res fungibilis in tantundem reſtituirt.

veniant operamque mutuam dent et messim hanc nobis adiuvent. § 11: imus et cognatos adfinesque nostros oramus, ut adsint cras tempori admetendum.

Und gleichen Geſchäften begegnen wir auch zwiſchen Mann und Frau bei Ehe ohne manus, ſo

Cat. suas. leg. Voc. v. 585 bei Gell. XVII, 6, 1: principio vobis mulier magnam dotem adtulit, tum magnam pecuniam recipit, quam in viri potestatem non committat; eam pecuniam viro mutuam dat, postea, ubi irata facta est, servum recepticium sectari atque flagitare virum iubet, wozu vgl. Gell. cit. § 7, ſowie Plaut. Curc. V, 2, 3. fg.

oder zwiſchen Eltern und Kindern, ſo

Ulp. 46 ad Sab. (fr. Vat. 269): quod utendum mater filiae dedit.

Und ebenſo wird es im Officium des Patrons gelegen haben, im Nothfalle dem Clienten in derartiger Weiſe auszuhelfen [298].

b. Dagegen die Creditgewährung an denjenigen, in deſſen Redlichkeit, wie Solvenz man volles Vertrauen ſetzte und dem ſelbſt wiederum die bereiten Mittel mangeln, trat auf als Creditirung von Kaufpreis [299] oder von Pachtſchilling oder Miethlohn (A. 263) oder auch als Zahlung des Entgeltes im Vertrauen der nachfolgenden Erfüllung Seitens des anderen Theiles, ſo z. B. dafern der Sclave ſich ſelbſt von ſeinem Herrn freikauft [300].

---

298) Dion. II, 10.

299) Von Alters her iſt allerdings der Kauf regelmäßig nicht auf Credit geſtellt, wie dies das Wort venum dare oder vendere ergiebt. Voigt, Cond. ob caus. A. 367.

300) Die Freikaufsſumme iſt das aes pro capite, welches entweder ein Dritter zahlt: Plaut. Pers. I, 1, 37 oder der Sclave ſelbſt aus ſeinem peculium: Plaut. Pseud. I, 2, 88 fg.: tu autem, quae pro capite argentum mihi iam iamque saepe numeras (i. e. te numeraturam esse promittis), | ea pacisci modo scis, sed quae pacta es, non scis solvere, wozu vgl. v. 42. Poen. III, 1, 16 fg.: quum argentum pro capite dedimus, nostrum dedimus, non tuum, | liberos nos esse oportet; prol. 23 fg.: servi ne obsideant, liberis ut sit locus, | vel aes pro capite dent; Cas. II, 5, 8. Rud. IV, 2, 24. V, 3, 32. Trin. II, 4, 163. Aul. V, 8 fg. Diod. Sic. XXXVII, 5, 3. Sen. Ep. 80, 4. Verg. Ecl. I, 33. Tac.

5. Liberalitäten, die, ohne in eine Rechtsform gekleidet zu ſein, von dem Bedachten entgegengenommen oder in deſſen Intereſſe an einen Dritten geleiſtet werden. Und dieſer Claſſe von Geſchäften, durchaus der Sphäre der mores und fides anheimfallend, gehören an

a. Alles, was dem Geſichtspunkte einer Gewährung von Geldunterſtützung Seitens des Clienten an oder für den Patron unterfällt, ſo die Beiſteuer zur Auslöſung des Patrons oder ſeiner Söhne aus der Kriegsgefangenſchaft, die Beiſteuer zu dem Aufwande eines öffentlichen Amtes, wie zur Dotirung der Tochter des Patrons, ingleichen zu den Schulden im Allgemeinen des überſchuldeten Patrons, wie zu den demſelben auferlaunten Polizei- oder Criminal-Strafen [301]);

b. die gleichen Geldunterſtützungen zwiſchen cognati und amici, ſo zur Deckung der dem cognatus oder amicus zuerkannten Geldſtrafen oder zur Dotirung ſeiner Tochter [302]);

c. die Liberalitäten Seitens des paterfamilias, ſo das peculium an den Sohn, wie auch an den Sclaven, die Dotirung der Tochter, das Nadelgeld (menstruum oder annuum), welches der Mann der Frau gewährte [303]);

d. die Liebesgaben, welche zwiſchen amici, cognati und Familiengliedern, wie Seitens der Clienten und Sclaven an den Patron oder Herrn, wie an deſſen Familie geſpendet werden, ſo als Geburtstags- und Hochzeitsgeſchenke, an den Matronalia, Saturnalia und Strenae, ingleichen die sportulae des Patrons an die Clienten [304]);

Ann. XIV, 42. Cels. Sab. und Cass. bei Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2 § 14. XLI, 3, 4. § 16) Pap. 30 Quaest. (D. XL, 1, 19), Ulp. 6 Disp. D. XL, 1, 4. pr. V, 1, 67), Paul. 28 Quaest. (D. XXVIII, 5, 84. § 2), Marc. 2 Inst. (D. XL, 1, 5. pr.: domino suo, cuius in fidem confugit). Dies iſt das pactum libertatis: Brisson. de Form. VI, 157. Lips. zu Tac. Ann. XIV, 42.

301) Dion. II, 10. Plut. Rom. 13. Liv. V, 32, 8. (v. 363), XXXVIII, 60, 9 (v. 567), vgl. Becker. r. Alterth. II, 1, 129.

302) Plut. Cam. 12. Liv. XXXVIII, 60, 9. — Plaut. Trin. II, 4, 107 fg. III, 2, 55. 62 fg. Plin. Ep. II, 4, 2.

303) Ulp. 32. 36 ad Sab. (D. XXIV, 1, 15. pr. fr. 33), Paul. 7 ad Sab. (D. cit. 28. § 6. 7) u. a. m.

304) Marquardt, Alterth. V, 1. A. 1592. S. 257. 216. Preller, r. Myth. 582. 244. 414.

e. endlich überhaupt jede Schenkung, welche nicht in der legalen Modalität vollzogen wird [305]).

6. Das Verlöbniß, welches zu Rom niemals des Schutzes eines Rechtsmittels theilhaft geworden, somit niemals Rechtsgeschäft gewesen ist (Beil. XIX A. 115);

7. der promissorische Eid, worüber s. § 38, sowie

8. das Compromiß auf einen Schiedsrichter wegen einer streitigen, nicht juristischen Verbindlichkeit sammt der hierbei üblichen sponsio oder Wette (s. § 42).

§ 37.

Die Herrschaft des Princips der aequitas innerhalb der Sphäre der fides.

Der in § 36 dargelegte geschäftliche Lebensverkehr ergiebt nach § 31 das ursprüngliche Herrschaftsgebiet des Princips der voluntas und unterliegt somit zunächst dessen erster Position: daß die Willenserklärung zwar eine kundgegebene Willensbestimmung, die Form solcher Kundgebung selbst aber nicht nothwendig eine solenne, als vielmehr lediglich durch das Erforderniß des Gemeinverständlichen bestimmt ist.

Diese Position schließt daher aus, daß einestheils das Wort überhaupt die alleinige Form der Willenserklärung ergebe: vielmehr kann als erklärter Wille auch Etwas gelten, was nicht in Worten ausgedrückt ist; und daß anderntheils das Wort der freien Wahl des Handelnden entzogen sei: vielmehr hat derselbe die freie Bestimmung des zur Willenserklärung etwa zu wählenden Wortes. Demnach erkennt das Princip der voluntas das solenne Wort nicht als die nothwendige Modalität der Willenserklärung an oder, mit anderen Worten, die solenne nuncupative Form ist ihm nicht das wesentliche Merkmal des Geschäftes, vielmehr ist jede beliebige, gemeinverständliche Kundgebung und insbesondere auch die nuncupativ unformale Willensäußerung die zureichende Form der Willenserklärung: es genügt nuda voluntas und nudus consensus (A. 134), und demgemäß beruht das Wesen des Geschäftes nicht in dem dictum, als vielmehr

---

305) Formlose Schenkung von Sclaven z. B. Truc. II, 6, 49. fg. 60. V, 8, 17 fg. 60. Pseud. IV, 6, 12. Mil. IV, 5, 6. 14. vgl. 8, 58 fg.

in dem actum oder conventum (§ 1. 15). Fragen wir nun aber, welche Anſchauung mit ſolchem actum oder conventum ſich verbindet, ſo werden wir hiermit auf den in § 34 berührten Gegenſatz zurückgeführt: während der rigor die Weſeneigenthümlichkeit der ihm angehörigen Acte in die denſelben eigenthümliche ſolenne Formel der Willenserklärung ſetzte, ſei dies ausſchließlich, ſei es in Verbindung mit anderweiten realen Merkmalen, und ſo nun nach der Beſonderheit der vorgeſchriebenen certa et solennia verba jene Acte ſelbſt begrifflich individualiſirte (§ 34), ſo mußte nun die aequitas, indem ſie unſolenne Geſchäfte aufſtellte, mit unabweisbarer Nothwendigkeit anderen Geſichtspunkten und Kategorieen die weſentlichen Merkmale und die Artunterſcheidungen ihrer Geſchäfte: des actum oder conventum entnehmen und zwar an Stelle jener formalen vielmehr reale Kategorieen als maaßgebend adoptiren. Und dies nun ſind theils die perſonalen Verhältniſſe, welche von dem actum betroffen werden, theils und vornämlich aber auch die volkswirthſchaftlichen Proportionen der pecuniären Intereſſen, welche, in dem nationalen Verkehrsleben zu Tage tretend und zugleich Anerkennung Seitens der Nationalanſchauung findend, in dem actum zur Ausprägung gelangen, und deren Verſchiedenartigkeit, wie verſchiedene Conſtellation nun die Artunterſcheidungsmerkmale der einzelnen Geſchäfte ergiebt. Und nach ſolchen ſocialen oder ökonomiſchen, wie beziehentlich perſonalen Kategorieen ſind nun in der That die Geſchäftsfiguren begrifflich beſtimmt und individualiſirt, denen wir in § 36 begegneten: die donatio, emtio venditio, locatio conductio, mandatum, mutui datio, depositum, commodatum, pignoris datio, wie Verlöbniß, Wette und Compromiß auf den Schiedsrichter [306]). Eine Ausnahme bildet nur das iusiurandum, deſſen weſentliches Merkmal nicht einer ökonomiſchen Kategorie angehört, als vielmehr in der Zeugen-Anrufung eines Gottes

306) Ein modificirter Geſichtspunkt greift Platz bei gewiſſen, ebenfalls unſolennen Geſchäftsfiguren, wie traditio, datio, solutio, datio in solutum u. dergl., wo nicht auf die rein volkswirthſchaftliche Proportion, als vielmehr auf eine juriſtiſch-wirthſchaftliche Proportion die Weſenbeſtimmung des Geſchäftes geſtützt iſt, vgl. Voigt, Cond. ob caus. § 55.

beſteht, ohne jedoch hierbei nothwendig an eine beſtimmte ſolenne Wortformel gebunden zu ſein (§ 38).

Dahingegen ſchließt dieſe Poſition keineswegs aus, daß die Handelnden als Ausdrucksform der ihnen frei gegebenen Willenserklärung nicht doch ebenſowohl das geſprochene Wort überhaupt, wie auch eine gewiſſe feierliche und typiſche, wie traditionelle Wortformulirung wählten und freibeliebt in Anwendung brachten. Vielmehr hat trotz jenes Princips der römiſche Lebensverkehr in Wirklichkeit und zwar beſtimmt durch einen eigenthümlichen Zug des Volkscharacters bei allen Angelegenheiten von Wichtigkeit oder höherem Intereſſe von Alters her überwiegend in einer typiſch concipirten Redeweiſe ſich geäußert und zwar theils in traditionellen Formeln oder Stichworten, wie wir ſolche z. B. bei Wette, Verlöbniß, Kauf und Eid vorfinden [807]), beſtimmt hierin durch die Vorliebe der Römer für die ſolenne Formel an ſich (§ 33), theils aber wenigſtens in prägnanter und höchſt exacter Ausdrucksweiſe, welche in kurzer und präciſer, beſtimmter und Mißdeutung ausſchließender Weiſe die Willensbeſtimmung verlautbarte, beſtimmt hierin durch das Streben, Zweifel und Weiterung, wie Mißhelligkeit und Streit fern zu halten; und hierfür wiederum bieten treffliche Beiſpiele das Vorkommniß in Plaut. Capt. II, 2 (ſ. § 33), ſodann Plaut. Merc. II, 4, 22, wo der Mandatar den Inhalt des Mandats in präciſeſter Form zuſammenfaßt und in Frageform dem Mandanten vorlegt in den Worten: tanti, quanti poscit (sc. venditor), vin' tanti illam emi? und ſo nun auch, wenn nach Isid. Or. V, 24, 21 die Ratihabition in die Formel ſich kleidet: ratum esse profiteor.

Sodann aber die zweite Poſition der voluntas erklärt für das verbindliche Element des Actes die Willensbeſtimmung, wohingegen der Willenserklärung lediglich der Werth und die Bedeutung eines einfachen Offenbarungs-, wie Erkenntnißmittels von Jener beigemeſſen wird (§ 1. 17). Und dieſe Sätze bekunden bezüglich der der fides unterfallenden Geſchäfte im Allgemeinen Cic. ad Att. IV, 17, 1: constantia promissi et

---

807) Beil. XIX § V unter 1; und A. 242. 244. 246. 357.

fides mira, und de Off. I, 7, 23. c. 10, ſowie der Gloſſator in Cic. de Off. I, 13, 40:

Semper in fide quid senseris, non quid dixeris cogitandum (i. e. spectandum);

ſowie bezüglich des Eides insbeſondere

Cic. p. Rosc. com. 16, 46: non ex pactione verborum, quibus iusiurandum comprehenditur, sed ex perfidia et malitia, per quam insidiae tenduntur alicui, dii immortales hominibus irasci et succensere consuerunt; de Off. III, 29, 104: iusiurandum — — ad fidem pertinet; nam praeclare Ennius: „O Fides alma apta pinnis et iusiurandum Jovis.“ Qui ius igitur iurandum violat, is Fidem violat (ſ. § 41), und 107: est — — fides — iuris iurandi saepe cum hoste servanda: quod enim ita iuratum est, ut mens conciperet fieri oportere, id servandum est; quod aliter, si id non feceris, nullum periurium est, ut si praedonibus pactum pro capite pretium non attuleris: nulla fraus est, ne si iuratus quidem id non feceris,

wo ſomit der leitende Gedanke der iſt, daß die Willensbeſtimmung, welche dem Eide inliegt, ausſchließlich, aber auch nothwendig deſſen Verbindlichkeit nach Inhalt und Umfang beſtimmt.

Und dies Alles wird auch beſtätigt durch den in A. 92 erwähnten hiſtoriſchen Vorgang v. J. 528, wo Hannibal kriegsgefangene Römer zur Verhandlung nach Rom ſendet, dieſelben für den Fall des Scheiterns ihrer Miſſion eidlich zur Rückkehr in ſein Lager verpflichtend, einer derſelben aber unterwegs umkehrt unter dem Vorwande, im Lager etwas vergeſſen zu haben, und ſpäter nun in Rom angelangt die Rückkehr in das Lager verweigert unter der Behauptung, durch jenes Umkehren ſeinen Eid bereits erfüllt zu haben, eine Deduction, die nach dem Principe des rigor wohlbegründet, nach dem Principe der aequitas aber unbegründet war[306]) und die nun als unbe-

306) Gloſſem bei Cic. de Off. I, 13, 40: solutus erat verbis, re non erat.

gründet von dem Senat, wie den Censoren anerkannt wurde (A. 342).

Endlich die dritte Position des Princips der voluntas: daß die Wahrheit oder Freiheit der Willensbestimmung ein wesentliches Erforderniß ihrer verbindlichen Kraft sei (§ 1. 29), findet, was vis und fraus betrifft, auch Seitens der fides Anerkennung und Vertretung und somit Anwendung bezüglich der derselben unterfallenden Geschäfte, wie dies bekundet

Cic. de Off. I, 10, 32: illis promissis standum non esse quis non videt, quae coactus quis metu, quae deceptus dolo promiserit? 13, 41: cum duobus modis id est aut vi aut fraude fiat iniuria; III 28, 103: quod per vim esset actum, ratum esse non debuit; 30, 110: non debuit ratum esse, quod erat actum per vim; vgl. 29, 107.

Dahingegen die Benutzung des Irrthums des Mitpaciscenten war durch die Pflichtgebote der fides im Allgemeinen nicht ausgeschlossen, wie aus Cic. de Off. II, 17, 54 fg. III, 23, 91 fg. zu ersehen ist, der die Frage wegen der Statthaftigkeit solcher Benützung als eine unentschiedene und offene behandelt und dabei nicht nach dem Maaßstabe der römischen Volksanschauung, als vielmehr lediglich nach dem Gesetze der philosophischen Pflichtlehre bejaht. Immerhin aber werden wir da insbesondere, wo die Pflicht zur Beobachtung der fides auf einem ächten officium beruht (§ 36 unter B, b), eine Steigerung der bezüglichen Anforderungen anzunehmen haben: wenigstens das XII Tafelgesetz patronus, si clienti fraudem (d. i. damnum) fecerit, sacer esto (A. 289) involvirt für das Verhältniß des Patrons gegenüber dem Clienten unzweideutig ein Verbot der Benutzung vom Irrthume des Clienten zu dessen Nachtheile.

§ 38.

Der Grund der Herrschaft der fides über die betreffenden Verhältnisse.

Die Unterordnung eines Rechtsactes unter die Herrschaft der aequitas beruht da einzig und allein auf der Willensbestimmung des Handelnden, wo der Letztere selbst durch eine besondere Clausel den Act der einen oder anderen Position der

aequitas unterſtellt (ſ. § 5 a. E. 13). Daher iſt es hier — und darin liegt das Characteriſtiſche ſolchen Vorkommniſſes — theils der Wille allein des Handelnden, ſeinen Act in einer gewiſſen Beziehung der aequitas zu unterſtellen, welcher die Herrſchaft der Letzteren über ſolchen Act vermittelt, begründet und theoretiſch rechtfertigt, theils aber beſtimmt auch jener Wille allein die Sphäre, innerhalb deren die aequitas ihre Herrſchaft über den betreffenden Act erſtreckt, da ja gerade nur auf ſoweit, als der Handelnde ſeinen Act der aequitas unterwirft, deren Herrſchaft begründet iſt. Ein ſehr anſchauliches, dem nächſten Zeitraume angehöriges Beiſpiel hierfür bietet die doli clausula (§ 48 und Beil. XIX § IV). Allein, wie dieſes Herrſchaftsgebiet ſelbſt der aequitas ein anomales iſt, ſo trägt auch dieſe Modalität der Unterordnung eines Verhältniſſes unter dieſelbe den Character des Singulären an ſich.

Vielmehr beruht die Herrſchaft der aequitas innerhalb des mores, als ihres vornämlichen Herrſchaftsgebietes, unmittelbar auf der Nationalanſchauung: auf der gemeinen Meinung des Volkes, welche in apodiktiſcher Weiſe diejenigen Acte und Geſchäfte, welche nicht der iustitia unterfallen, der fides überweiſt. Den bei dieſer Anſchauung leitenden Grundgedanken haben wir bereits in § 31 hervorgehoben: die Pflicht, die im Verzugsfalle durch das Urtheil des Richters gegen Zweifel feſtgeſtellt und durch die legale Execution des Magiſtrats zur Erfüllung erzwungen wird, ſolche Pflicht ſteht nicht auf dem Fundamente der fides, ſondern allein der iustitia; da jedoch, wo der ſchirmende und zwingende Arm der iustitia nicht eingreift, da nun beginnt die Herrſchaft der fides, weil hier die obliegende Pflicht durchaus nur auf Treu und Glauben, nur auf der Ehrenhaftigkeit des Verpflichteten beruht. Daher iſt dieſe antike Anſchauung ganz parallel der modernen, welche als Ehrenſchuld diejenige Verbindlichkeit auffaßt, deren Erfüllung nicht durch Klage erzwungen werden kann, wie z. B. Spiel- und Wett-Schulden.

Demgemäß iſt der fundamentale Grund der Herrſchaft der aequitas über die ihr unterfallenden Verhältniſſe parallel mit der entſprechenden Ordnung bezüglich des ius: hier iſt es der Wille der ſouveränen Staatsgewalt, welcher gewiſſe Verhältniſſe

der Herrſchaft des ius unterwirft, dort iſt es der Wille des Volkes oder der bürgerlichen Geſellſchaft, welcher andere Verhältniſſe dem Geſetze der bürgerlichen Sitte oder mores und der Herrſchaft der fides unterſtellt.

Die ſo begründete Herrſchaft der fides iſt jedoch noch einer Steigerung oder Potenzirung fähig in der Weiſe, daß der Handelnde ſelbſt noch ganz beſonders ſeine fides engagirt und gleich als Unterpfand oder Garantie für getreue Pflichterfüllung einſetzt, ſo daß in einem höheren Grade die fides gebunden wird. Und dieſes Verfahren heißt firmare fidem (Beil. XVIII § IV) und vollzieht ſich in dreifältiger Weiſe: theils durch ausdrückliche, nuncupative Einſetzung der fides: fidem dare (Beil. XVIII § IV), theils durch ſymboliſche Einſetzung der fides: dextram dare, theils durch die qualificirte Einſetzung der fides mittelſt promiſſoriſchen Eides iureiurando se adstringere.

Zunächſt nun das fidem dare geſchieht in der Weiſe, daß der Handelnde direct und ausdrücklich auf ſein Wort oder auf ſeine Treue die Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit übernimmt und ſomit ſeine fides einſetzt. Und zwar waren hierfür gewiſſe traditionelle und typiſche Redewendungen geboten, nämlich: fidem do, fidem oder fide mea dico, fide mea spondeo oder promitto, fidei mei erit und per fidem meam (Beil. XVIII § IV)[309].

Sodann das dextram dare iſt der Handſchlag mit der rechten Hand[310]; und indem die Letztere als Symbol der

309) Nicht aber fide mea esse iubeo, worüber ſ. Beil. XVIII. § VII. a. E. — Der obigen Geſchäftsform iſt analog unſer Contrahiren von Schulden auf Ehrenwort; vgl. auch Schulte, deutſche Reichs- und Rechtsgeſch. § 160. A. 2.

310) Vgl. Spanheim, dissert. de praest. et usu numismat. antiqu. Diss. III. p. 163. E. Otto, Jurispr. symbol. C. 10. 11. Laſaulx, Abh. 210. A. 10. Danz, d. ſacrale Schutz 133 fg. Das dextram dare iſt nicht bloß römiſche, ſondern auch griechiſche Sitte: Eur. Med. 21 fg.: *βοᾷ μὲν ὄχους, ἀναχαλᾷ δὲ δεξιᾶς πίστιν μεγίστην* Sophocl. Philoct. 813: *ἔμβαλλε χειρὸς πίστιν* Nep. Them. 8. Tac. Ann. XII, 46; perſiſche Sitte: Nep. Dat. 10: fidem — de ea re more Persarum dextra dedisset; Diod. Sic. XVI, 43. Curt. Ruf. VI, 4, 14; parthiſche Sitte: Jos. Antiq. Jud. XVIII, 9, 3; keltiſche Sitte: Walter, das alte Wales § 205 A. 7; germaniſche Sitte: Schulte, deutſche Reichs- und Rechtsgeſch. § 156 unter II; ſomit wohl ariſche Familienſitte.

fides[311]) galt, ſo lag nun in dem Handſchlage die Einſetzung der Treue und Gewiſſenhaftigkeit durch das Mittel der dargereichten Rechten, gleich als eines pignus oder Unterpfandes der fides[312]). Und wie die Treue als ethiſche Anforderung in mannichfachen Verhältniſſen auftritt, ſo erſcheint daher die dargereichte Rechte ebenſo als Sinnbild der ehelichen Treue[313]), wie ſie auch bei der Begrüßung als Zeichen freundſchaftlicher Geſinnung[314]) dargereicht, gegenüber dem Flehenden als Zeichen des zu gewährenden Schutzes oder der Gnade geboten[315]) und ſo nun auch als Unterpfand der vertragsmäßigen Treue gegeben wird theils bei Abſchluß von Staatsverträgen[316]), wie von hospitia[317])

---

311) Serv. in Aen. III, 607: physici dicunt esse consecratas numinibus singulas corporis partes ut — dextram Fidei; Donat. in Ter. Andr. I, 5, 54: fidei et foederis membrum (sc. dextra est): ad manum fit conventio; Cic. Phil. XI, 2, 5: dextrae, quae fidei testes esse solebant; Plin. H. N. XI, 45, 250: dextra — in fide, porrigitur; Liv. I, 21, 4 und dazu Marquardt, r. Alterth. IV, A. 1752. Preller, r. Myth. 225 f. Dem entſpricht, daß die Apellation an die fides Jemandes in der Form von per fidem tuam (Beil. XVIII § IV a. E.) auch vertreten wird durch die Form per dextram tuam, ſo Plaut. Amph. III, 2, 42: per dexteram tuam te — oro, obsecro; Capt. II, 3, 82. Ter. Andr. I, 5, 54. Cic. p. reg. Dei. 3, 8. Sall. Jug. 10, 3. Verg. Aen. IV, 314. Hor. Ep. I, 7, 94. vgl. Corte zu Sall. cit.

312) Liv. XXV, 16, 13: dextram, id pignus fidei secum ferre; Verg. Aen. III, 610 fg. Justin. H. Ph. XI, 15, 13. Val. Max. VI, 6. pr. Isid. Or. XI, 1, 67.

313) Roßbach, röm. Ehe 308. 378 fg., der die dextrarum iunctio als Symbol der in manum conventio auffaßt, was jedoch irrig iſt, da die dextrarum iunctio auch bei Ehe ohne manus ſtatt hat; richtiger daher Jahn in Gerhard, Denkmäler und Forſchungen 1861. XVIII, 155, der die dextrarum iunctio als Sinnbild der ehelichen Treue auffaßt.

314) Plaut. Curc. II, 3, 28: cedo tuam mihi dexteram; 60: praendit dexteram: Enn. trag. bei Non. 85, 1: salvete —! cette manus vestras measque accipite! Cic. p. red. in sen. 9, 24. Verg. Aen. I, 408. III, 610. VIII, 124. Hor. Ep. I, 6, 51. So insbeſondere als Zeichen der Zuſagung: Ter. Heaut. III, 1, 84.

315) Cic. in Verr. V, 58, 153: supplici — dextera — fidem porrexit; Phil. X, 4, 9.

316) Verg. Aen. XI, 292. VII, 266 und Schol. Ver. in h. l. Liv. III, 2, 2. XXIII, 9, 3. XXV, 16, 13. XXVIII, 35, 1. XXIX, 24, 3. Tac. Ann. II, 58. Donat. in A. 311. Isid. Or. XI, 1, 67.

317) Cic. p. reg. Dei. 3, 8: dexteram, quam — hospes hospiti

und Freundſchaftsbündniſſen [318]), theils aber auch bei Verſprechungen [319]) und bei geſchäftlichen Vereinbarungen insbeſondere [320]):

Cic. p. reg. Dei. 3, 8: dexteram, — — in promissis et fide firmiorem; ad Att. II, 22, 2: aiebat illum — — manus dedisse et affirmasse nihil se contra eius voluntatem esse facturum;

Donat. in Ter. And. I, 5, 54. (ſ. A. 311).

Endlich die dritte Form des firmare fidem iſt der promiſſoriſche Eid, durch welchen in kräftigſter und ſtrengſt bindender Weiſe die fides engagirt ward:

Enn. bei Cic. de Off. III, 29, 104: o Fides alma apta pinnis et iusiurandum Jovis; unben. Tragiker daſ. III, 26, 98: neglexit fidem (sc. iurisiurandi); — — fide sacratae ius;

Ter. Hec. V, 1, 24 f.: si aliud scirem, qui firmare meam aput vos possem fidem, | sanctius quam iusiurandum; Ad. III, 4, 26.

Cic. de Off. III, 26, 99. fg., insbeſ. 31, 111: nullum — vinculum ad adstringendam fidem iureiurando maiores artius esse voluerunt; vgl. p. Rosc. Com. 15, 44.

Caes. B. G. I, 3, 8: inter se fidem et iusiurandum dant.

Und zwar iſt dieſe Anwendung des promiſſoriſchen Eides als Beſtärkungsmittel der Verträge uralt im Völkerrechte, wo ſie von Alters her beim fetialen foedus ſich findet, und auch ſpäter für das nicht fetiale foedus beibehalten worden iſt [321]). Nicht minder wird aber auch deren hohes Alter im privaten Lebens-

---

porrexisti; Verg. Aen. III, 83. XI, 165: iungimus hospitio dextras; Liv. XXX, 13, 8.

318) Serv. in Aen. III, 611: manuum coniunctione, qua firmabantur amicitiae; Liv. I, 1, 8. XL, 46, 15.

319) Liv. I, 58, 7. Justin. H. Ph. XI, 15, 13.

320) Eine etymologiſche Spielerei, nicht eine hiſtoriſche Notiz bietet Isid. Or. V, 24, 20: mandatum dictum, quod olim in commisso negotio alter alteri manum dabat.

321) So beim foedus mit Antiochus v. J. 566: Liv. XXXVIII, 39. Polyb. XXII, 26.

verkehre [322]) bekundet von Dionys, wonach von alter Zeit her Verträge zum Zwecke der Sicherung ihrer Erfüllung durch einen insbesondere an der ara maxima des Hercules geleisteten Eid bekräftigt werden [323]). Im Besonderen aber treten als Beispiele derartiger eidlich bestärkter Pactionen in den Quellen auf ebenso einfache Lebensgeschäfte und zwar das Schenkungsversprechen [324]), das pactum de non alii vendenda re [325]), der Innominatcontract auf do ut manumittas, wie über das iudicium oder Anzeigerlohn bei verloren gegangenen oder entwendeten Sachen [326]), wie endlich die Angelobung von dona und munera Seitens des libertus an den Patron in der Zeit vor Regulirung solcher Paction durch das Edict (A. 408); als auch Rechtsgeschäfte und zwar die Errichtung des Corporationsstatutes oder auch der Eintritt in die bereits bestehende Corporation [327]), die emtio venditio zur Zeit des Plautus [328]), sowie die mutui datio [329]).

---

322) Daneben findet sich auch Vereinbarung der Verpflichtung des einen Contrahenten, auf Erfordern des Mitcontrahenten einen assertorischen Eid zu leisten, so bei Cat. RR. 144, 2. 145, 2. 148, 2.

323) Dion. I, 40: ὅρκοι τε γὰρ ἐπ' αὐτῷ (sc. τῷ βωμῷ Ἡρακλῆς) καὶ συνθῆκαι τοῖς βουλομένοις βεβαίως τι διαπράττεσθαι, vgl. Danz, sacraler Schutz 112 fg., sowie unten A. 353 fg.

324) Plaut. Bacch. IV, 9, 105 fg.: ego iusiurandum verbis conceptis dedi | daturum id me hodie mulieri ante vesperum.

325) Plaut. Pseud. I, 3, 117 fg., wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 190.

326) Plaut. Pers. I, 1, 34 fg. III, 2. 3, 11. 26. vgl. III, 3, 8 fg. 17 fg. 32 fg. 34 fg. IV, 3, 17. — Rud. V, 2, 35 fg. 51 fg.

327) A. 249. Beil. XIX bei A. 100; das convovere im S. C. de Bacch. bezeichnet die beim Eide vorkommliche Selbstverwünschung für den Fall des Eidesbruches: A. 357.

328) Plaut. Curc. III, 3, 88. IV, 4, 10. 25 und dazu Voigt, Cond. ob caus. 249 fg. Rud. prol. 45. 46. II, 6, 70. 71 und dazu Voigt, a. O. 255 fg., wo beidemal die künftige Erfüllung des Kaufes Seitens des Verkäufers auf Eid gestellt ist.

329) Tertull. de Idol. 23.

§ 39.

Die Herrſchaftsfähigkeit der fides.
(Der römiſche Volkscharacter).

Durch § 36 und 38 iſt die Thatſache feſtgeſtellt, daß in den früheſten Zeiten des römiſchen Volkslebens ein großer Theil des geſchäftlichen Verkehres der Unterordnung unter das ius ſich entzog, vielmehr ausſchließlich innerhalb der Sphäre der mores ſich bewegte und einzig und allein auf die fides der Paciscenten ſich ſtützte: das Geſetz der bürgerlichen Sitte herrſchte innerhalb eines weiten Gebietes des Verkehrslebens da, wo ſpäter das Geſetz des Rechtes ordnend eingriff, und die fides allein reichte aus, die Erfüllung obliegender Verbindlichkeit zu ſichern. Und dieſe Thatſache im Allgemeinen wird denn auch ausdrücklich bekundet von Dionys, indem derſelbe berichtet, wie in älteſter Zeit die Grundlage der verbindlichen Kraft bei den Geſchäften eine zwiefältige geweſen ſei: bei den ſolennen Geſchäften, ſomit alſo bei den Rechtsgeſchäften, die Rückſicht auf die dabei anweſenden Zeugen, bei den weit zahlreicheren unſolennen Geſchäften dagegen, ſomit bei den einfachen Lebensgeſchäften, die Treue und Gewiſſenhaftigkeit ſelbſt der Paciscenten [330]); und nicht minder auch von

Cic. de Leg. II, 10, 23: in more maiorum, qui tum ut lex valebat;

Sall. Cat. 9: domi militiaeque boni mores colebantur, — ius bonumque apud eos non legibus magis, quam natura valebat: — — in amicos fideles erant, — — aequitate seque remque publicam curabant;

Sext. Caecil. bei Gell. XX, 1, 39. 41: populus Romanus — omnium (sc. virtutum) maxime atque praecipue fidem coluit sanctamque habuit tam privatim, quam publice. — — Hanc autem fidem maiores nostri

330) Dion. II, 75: *τῶν συμβολαίων τὰ μὲν ἐν φανερῷ καὶ μετὰ μαρτύρων πραττόμενα ἡ τῶν συνόντων αἰδῶς φυλάττει καὶ σπάνιοί τινές εἰσιν οἱ περὶ τὰ τοιαῦτα ἀδικοῦντες, τὰ δὲ ἀμάρτυρα, πολλῷ πλείω τῶν ἑτέρων ὄντα, μίαν ἔχει φυλακὴν τὴν τῶν συμβαλόντων πίστιν.*

non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt maximeque in pecuniae mutuaticae usu atque commercio.

Solche Herrſchaft der fides und des Geſetzes der bürgerlichen Sitte über eine Sphäre des Lebensverkehres, welche ebenſo ausgedehnt iſt, als auch Geſchäftsverhältniſſe umſpannt, bei denen größere pecuniäre Intereſſen engagirt ſind, bekundet aber unzweideutig, daß in jenen Zeiten die mores eine höchſt intenſive und ſelbſteigene Macht beſaßen, wodurch allein dieſelben befähigt wurden, jene Function eines Regulators des bürgerlichen Verkehres unabhängig und ſelbſtſtändig neben dem Rechte zu verſehen; und dieſer Thatbeſtand leitet denn nun zu der Frage hin, auf welche hiſtoriſchen Vorausſetzungen ſolche Macht der mores ſich ſtützte, auf welchen Momenten jene Herrſchaftsfähigkeit der fides beruhte.

Die verbindende Macht aller ethiſchen Geſetze aber: des Rechtes, der bürgerlichen Sitte, wie der Moral hat im Allgemeinen einen zwiefältigen Stützpunkt und zwar zunächſt einen rein ſubjectiven, gelegen in dem Character des verpflichteten Subjectes: denn theils auf Grund der Erziehung, theils bei der ſpäteren Lebensentwickelung, welche das Individuum bis zum Abſchluſſe ſeiner Weſeneigenthümlichkeit durchläuft, eignet ſich daſſelbe eine Summe von Maximen und Principien an, welche, zur bleibenden Eigenſchaft des Individuum und gleich als deſſen unwandelbares Sondereigen ſich ausprägend, für deſſen Verhalten in ethiſchen Dingen einen ſelbſteigenen und inneren Maaßſtab darbieten und ſomit eine Norm des Handelns ergeben, die für ihren Träger in allen Fragen des Rechten, des Schicklichen, wie des Guten die bezügliche Entſcheidung dictirt oder doch beeinflußt und von demſelben befolgt wird aus eigenem innerem Antriebe und ganz von freien Stücken und unberückſichtigt von einer Nöthigung, womit etwa das concurrirende ethiſche Geſetz droht. Und indem nun dieſe allgemeine ethiſche Richtung des Willens und deren allgemeine praktiſche Handhabung zugleich das wichtigſte Element des geſammten Characters bilden und insbeſondere die Eigenſchaft des Individuum als eines rechtlichen Mannes, als einer ehrenhaftigen Perſönlichkeit, als eines guten Menſchen beſtimmen,

ſo iſt nun hiermit in dem Character des Individuum ein ſelbſtſtändiger und zwar ſubjectiver Stützpunkt für die Geltung und bindende Macht der ethiſchen Geſetze gegeben.

Daneben iſt aber auch jedes der ethiſchen Geſetze noch mit einem ſelbſteigenen Compelle bewehrt: mit einer Androhung, welche, unabhängig von dem guten Willen und dem Character des Gebundenen, auch dem Widerſtrebenden die Befolgung des Geſetzes eindringlich macht. Und dieſes Compelle, welches bei dem Geſetze des Rechtes einen dynamiſchen Zwang androht in der Execution des Gerichtes und der Strafe der Staatsgewalt, übt bei den Geſetzen der bürgerlichen Sitte und der Moral lediglich einen ſogenannten moraliſchen Zwang, dort in der Mißachtung der Standesgenoſſen, welche den Verletzer der bürgerlichen Sitte, hier in dem Mißfallen Gottes, welches den Verletzer der Moralgebote bedroht und trifft. Und dies wiederum ſind die objectiven Stützpunkte der verbindenden Macht der ethiſchen Geſetze.

Fragen wir nun, welche Stellung im älteſten römiſchen Volksleben jene Stützpuncte für die Herrſchaft der fides einnehmen und welche Bedeutung denſelben als Garantieen für die praktiſche Geltung der fides beizumeſſen iſt, ſo haben wir durchgehends denſelben den höchſten Werth und die wirkungsvollſte Stellung zuzuerkennen: denn in dem Volkscharacter des alten Römers leuchtet als einer der ſchönſten und einnehmendſten Züge ſtrahlend hervor jene äußerſte Gewiſſenhaftigkeit und peinliche Genauigkeit in Erfüllung übernommener Verpflichtungen, jene höchſte Lauterkeit in allen Dingen der fides insbeſondere, ſodann das Geſetz der bürgerlichen Sitte erhebt übereinſtimmend an den Bürger die Anforderung eines äußeren Verhaltens; welches die Gebote der Gewiſſenhaftigkeit und Treue rückhaltlos erfüllt, dabei zugleich das Anſehen eines Geſetzes von ebenſo unzweifelhafter Geltung, wie allgemein geforderter Befolgung beſitzend; und endlich tritt die Anforderung einer treuen und gewiſſenhaften Geſinnung und Handlungsweiſe auch als eigenes Poſtulat des Moralgeſetzes auf: die Gottheit der Fides erfordert die fides und bedroht mit Ungnade die perfidia. Ja hinſichtlich des Eides tritt zu dieſer dreifältigen Garantie der Heilighaltung noch die Sanction des Rechtsgeſetzes, welches den Eidbruch mit

einem ſtrafartigen Nachtheile: mit Improbität und Inteſtabilität bedroht.

Im Beſonderen nun, was zunächſt jenen Characterzug des alten Römers betrifft, ſo bekunden die Quellen durchgehends, daß die treueſte Erfüllung der durch die fides gebotenen Pflicht ein hervorragender Zug im Volkscharacter der alten Römer war und in gewiſſenhafteſter Weiſe geübt wurde, und ſo zwar

Cat. in Qu. Minuc. bei Gell. X, 3, 17: fides maiorum;

Plaut. Asin. I, 1, 109 fg: moriri sese misere mavolet, quam non perfectum reddat, quod promiserit; Most. IV, 3, 29: fides servanda est: ne ire infitias postules; Capt. II, 3, 79: fac fidelis sis fideli: cave fidem fluxam geras;

Ter. Ad. III, 3, 88: homo antiqua virtute et fide; Hec. III, 3, 42: pollicitus sum et servare in eo certum'st, quod dixi, fidem; Andr. III, 5, 6: negabon' velle me, modo qui sum pollicitus? — qua fiducia id facere audiam?

Dion. II, 75: *οὕτω γοῦν σεβαστόν τι πρᾶγμα καὶ ἀμίαντον ἐνομίσθη τὸ πιστὸν, ὥστε ὅρκον τε μέγιστον γενέσθαι τὴν ἰδίαν ἑκάστῳ πίστιν καὶ μαρτυρίας συμπάσης ἰσχυροτάτην.*

Posidon. bei Athen. Deipn. VI, 107, welcher den alten Römern nachrühmt deren äußerſte Sorglichkeit, gegen Niemand eine Pflichtverletzung ſich ſchuldig zu machen: *πολλῆ τοῦ πλημελλεῖν εὐλάβεια πρὸς πάντας ἀνθρώπους.*

Verg. Aen. VI, 879. IX, 79: prisca fides; II, 160: tu modo promissis maneas, — serves — fidem; Georg. II, 467, der dem Bauer noch beimißt: nescia fallere vita;

Val. Max. VI, 6. pr.: quam (sc. fidem) semper in nostra civitate viguisse — omnes gentes senserunt;

Sext. Caecil. bei Gell. XX, 1, 39: populus Romanus — omnium (sc. virtutum) maxime atque praecipue fidem coluit sanctamque habuit tam privatim quam publice;

Pseudo-Quint. Decl. IX, 14: fides antiquissima;

Serv. in Aen. IX, 134: apud maiores — magna erat cura fidei [331]).

Und gleiche Zeugniſſe für die Heiligkaltung des Eides insbeſondere bieten

Plaut. Bacch. IV, 9, 107. 117. 119. 123;

Ter. Hec. V, 1, 23: firmare meam apud vos possem fidem sanctius quam iusiurandum;

Gell. VI, 18, 1: iusiurandum apud Romanos inviolate sancteque habitum servatumque est;

ſowie die Vorgänge mit Regulus [332]), den Abgeſandten des Hannibal (A. 92), wie mit Pomponius [333]).

Das ſchönſte und ehrenvollſte Zeugniß aber bietet der Lobgeſang der Chalkidier auf die *πίστις τῶν Ῥωμαίων*, welcher alljährlich nach dargebrachtem Opfer geſungen ward und deſſen Schlußſtrophe nach Plut. Flam. 16 lautete:

Πίστιν δὲ Ῥωμαίων σέβομεν, | τὰν μεγαλευκτοτάταν ὅρκοις φυλάσσειν· | μέλπετε, κοῦραι, | Ζῆνα μέγαν, Ῥώμαν τε Τίτον (sc. *Κοΐντιον Φλαμινῖνον*) *θ' ἅμα Ῥωμαίων τε πίστιν.*

Und namentlich iſt es die vergleichende Gegenüberſtellung der Römer zu anderen Völkern, welche jenen Characterzug der Erſteren zu lebhafteſtem Bewußtſein vermittelte:

Cic. Tusc. I, 1, 2: quae tanta constantia, magnitudo animi, probitas, fides, quae tam excellens in omni genere virtus in ullis fuit, ut sit cum maioribus nostris comparanda?

Val. Max. II, 9, 8: romano sanguini fidem praestare conveniens est;

---

331) Vgl. Cic. p. Rosc. Am. 38, 111: fides amicorum — —, quam qui laedit, oppugnat omnium commune praesidium et, quantum in ipso est, disturbat vitae societatem; de Off. II, 24, 84: nec enim ulla res vehementius rem publicam continet, quam fides; Liv. VI, 41, 11: fidem abrogari, cum qua omnis humana societas tollitur; Val. Max. VI, 1. pr.: dexteram suam, certissimum salutis humanae pignus, ostentat; Pseudo-Quint. Decl. 343: fides supremum rerum humanarum vinculum est.

332) Cic. de Off. I, 13, 39. III, 26. 27. Hor. Od. III, 5, 13 fg. Val. Max. I, 1, 14. II, 9, 8. Polyaen. VIII, 12. Zonar. VIII, 15.

333) Cic. de Off. III, 31, 112. Liv. VII, 8 fg.

und zu der Erkenntniß führte, wie unendlich höher in jener Beziehung der Römer gegenüber dem Griechen, wie Punier[334]) ſtand:

Liv. XLII, 47, 6: eadem fide indicatum Pyrrho regi medicum vitae eius insidiantem; eadem Faliscis vinctum traditum proditorem liberorum regis: haec romana esse, non versutiarum punicarum neque calliditatis Graeciae;

und wie unendlich verſchieden die romana von der punica[335]) oder graeca fides[336]) war. Und in dieſem Sinne ſpricht ſich auch aus als der glaubwürdigſte aller Zeugen Polybius, indem er rühmend hervorhebt, daß, während bei den Griechen, wenn man auch nur Ein Talent an den Caſſirer einer Behörde zahlt, zehn Controleure und ebenſo viel Siegel und an Zeugen mehr als die doppelte Zahl erfordert würden, ohne daß man darum treuer Gewiſſenhaftigkeit verſichert ſei, die Römer, welche als Magiſtrate und Legaten über große Geldmittel geböten, ſolche Pflicht einzig auf Grund ihrer Heilighaltung des geleiſteten Eides erfüllten[337]).

Ein ſchönes Beiſpiel aber jener altrömiſchen Gewiſſenhaftigkeit bietet noch in verhältnißmäßig ſpäter Zeit Plin. Ep. IV, 10:

---

334) Vgl. Vissering, Quaest. Plautinae I, 84 fg., und dann noch Plaut. Cist. II, 1, 11: maritimis moribus cum aliquo experiri, wozu vgl. Gronov. Lection. Plautinae p. 129.

335) Punica fides iſt Treuloſigkeit: Sall. Jug. 108, 3. Auson. Epist. X, 41. vgl. Plaut. Poen. pr. 112 fg.: is omnis linguas scit, sed dissimilat sciens se scire: Poenus plane est; quid verbis opust? Cic. de leg. agr. II, 35, 95. Liv. XXI, 4, 9. Flor. I, 18, 11. 22, 18. 36. 38, 6. Val. Max. VII, 4, 4. ext. 2. IX, 6, ext. 2.

336) Graeca fides bezeichnet 1. die Verſagung des Credits, ſomit den Mangel an Vertrauen: die Unredlichkeit im Geſchäftsverkehre hatte bei den Griechen das Geſchäft auf Credit verdrängt und nur das Caſſageſchäft beſtehen laſſen; in dieſem Sinne lautete der Wahrſpruch der Griechen: δὸς καὶ λαβέ und ſagt Plaut. Asin. II, 3, 47: graeca mercari fide (si aes habent, dant mercedem), wozu vgl. Gronov. l. c. p. 90. Rost, opusc. Plaut. I, 30. Vissering, l. c. 85; im Uebrigen vgl. Cic. ad Qu. fatr. I, 2, 2, 4. Und davon leitet ſich nun ab 2. die prompte, glatte, pünktliche Abwicklung des Geſchäftes bei Auson. Epist. X, 40 fg.: uti | non poena, sed graeca fide.

337) Pol. VI, 56.

Scribis mihi Sabinam, quae nos reliquit heredes, Modestum servum suum nusquam liberum esse iussisse, eidem tamen sic adscripsisse legatum: „Modesto, quem liberum esse iussi.“ Quaeris quid sentiam. Contuli cum peritis iuris. Convenit inter omnes nec libertatem deberi, quia non sit data, nec legatum, quia servo suo dederit. Sed mihi manifestus error videtur ideoque puto nobis, quasi scripserit Sabina, faciendum, quod ipsa scripsisse se credidit. Confido accessurum te sententiae meae, cum religiosissime soleas custodire defunctorum voluntatem, quam bonis heredibus (i. e. bonis viris heredibus) intellexisse pro iure est. Neque enim minus apud nos honestas, quam apud alios necessitas valet. Moretur ergo in libertate sinentibus nobis, fruatur legato, quasi omnia diligentissime caverit. Cavit enim, quae heredes bene elegit; vgl. auch § 60 a. E.

§ 40.

Fortsetzung.

(Das Gesetz der bürgerlichen Sitte).

Wie in dem römischen Nationalcharacter die Heilighaltung von Treu und Glauben als ein hervorragender Zug zu Tage tritt, so steht nun in Uebereinstimmung hiermit die Anforderung der bürgerlichen Sitte, welche ehrliche Erfüllung der auf Treu und Glauben ruhenden Verbindlichkeit vom Ehrenmanne erfordert. Und wie daher das facere fidem als ein Requisit der boni mores von Plaut. Trin. I, 1, 5 fg. anerkannt wird, so ist auch Gewissenhaftigkeit in Sachen der fides eine für den probus oder bonus vir schlechthin unentbehrliche Eigenschaft:

Plaut. Trin. II, 1, 35 fg.: boni sibi haec expetunt: rem, fidem et honorem, | gloriam et gratiam; hoc probis pretium'st;

Cic. de Off. II, 8, 33: iustis autem et fidis hominibus id est viris bonis; III, 10, 43: neque contra rempublicam, neque contra iusiurandum ac fidem amici causa vir bonus faciet;

Syri sent. 84. (Wölfl.): boni est viri etiam in morte nullum fallere;

ſowie Enn. 7 Ann. bei Gell. XII, 4, 4. hinſichtlich des Servilius Geminus: ingenium, cui nulla malum sententia suadet, | ut faceret facinus, — — fidelis, | suavis homo;

Plaut. Trin. IV, 4, 3 fg.: Ch. qualine amico mea commendavi bona? | Ca. Probo et fideli et fido et cum magna fide;

Ter. Phorm. IV, 1, 15: te mihi fidelem esse aeque atque egomet sum mihi scibam; vgl. Andr. V, 2, 16, Hec. III, 5, 22.

Und ſo tritt auch die fides unmittelbar als Anforderung der Volksanſchauung in den Quellen hervor bei

Cic. de Off. III, 10, 46: religio et fides anteponetur amicitae;

Sen. Ep. 88, 29: fides sanctissimum humani pectoris bonum est, nulla necessitate ad fallendum cogitur, nullo corrumpitur praemio;

Syr. sent. 166 (Wölfl.): fidem, qui perdit, quo se servet relicuo? 197: fidem, qui perdit, nil pote ultra perdere; 181: fides sicut anima, unde abiit, numquam redit; 182: fidem nemo umquam perdit, nisi qui non habet;

ſowie bezüglich des iusiurandum insbeſondere Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 21): stari religioni debet.

Und wie ſomit ein guter Ruf die Heilighaltung der fides lohnt, ſo trifft ſchlechte Nachrede und Mißachtung, wie Anrüchigkeit, ignominia oder turpitudo den Verletzer der fides:

Attius Atr. bei Cic. de Off. III, 28, 102: neque dedi, neque do (sc. fidem) infideli quoiquam;

Plaut. Pers. III, 1, 54. fg., wo die Tochter zu dem Vater, der ſie zu einem betrügeriſchen Geſchäfte verleiten will, ſagt: necessitate me, mala ut fiam, facis; | verum videto, ubi me voles nuptum dare, | ne haec fama faciat repudiosas nuptias;

Cic. p. Rosc. Am. 38, III: in privatis rebus si quis rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaes-

tus aut commodi causa, verum etiam negligentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant;

und ſo nun insbeſondere auch dem Eidbrüchigen:

Cic. de Leg. II, 9, 22: periurii poena — humana dedecus;

Gell. VI, 18, 10: haec eorum (sc. Hannibalis captivorum ſ. A. 92) fraudulenta calliditas tam esse turpis existimata est, ut contempti vulgo discerptique sint.

Und gleichermaaßen liegt ein ſchwerer Vorwurf oder Tadel in der Bezüchtigung des Treubruches, ſo in der typiſchen Redewendung „Ubi fides?“ bei Cat. in Qu. Minuc. (Gell. X, 3, 17.) Ter. Andr. IV, 1, 12. Heaut. II, 3, 15. Ov. Ep. VI, 41[338]), und ſo auch bei Plaut. Asin. III, 2, 15: fidentem fraudaveris, 22: sciens fideli infidus fueris; Att. Atr. bei Cic. de Off. III, 28, 102: fidem fregisti; Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 1. pr.): grave est fidem fallere; ſowie insbeſondere bezüglich des iusiurandum: Plaut. Curc. IV, 2, 10. Pers. IV, 3, 9. Pseud. I, 5, 129. Rud. prol. 14. Cic. p. Rab. Post. 13, 36.

Solche Anforderung der mores aber der Erfüllung der auf fides beruhenden Verbindlichkeit findet ihr Compelle in jenem werthſchätzenden Urtheile der Volksſtimme, und in dem Reſpecte, welchen entſprechend der Einzelne der gemeinen Meinung zollte; und indem nun dieſem Urtheile des Volkes im älteſten Rom das höchſte Gewicht beigemeſſen wurde, ſo wohnte in Folge deſſen dem Geſetze der bürgerlichen Sitte eine außerordentlich geſteigerte Macht und Herrſchaftsfähigkeit inne: denn ſo berichtet die eine Relation, wie die öffentliche Mißachtung die eidbrüchigen Gefangenen des Hannibal (A. 92) bis zum Selbſtmorde trieb[339]).

---

338) Aehnlich Verg. Aen. IV, 373: nusquam tuta fides? XI, 55: haec mea magna fides? Ov. Her. II, 31: iura, fides ubi nunc commissaque dextera dextrae? Suet. Ner. 49: haec est fides?

339) Liv. XXII, 61, 9. Nep. bei Gell. VI, 18, 11. Zon. IX, 2. — Ein anderweites ſchlagendes Beiſpiel bietet Liv. XXVII, 34: M. Livius (Salinator) erat multis annis ante ex consulatu populi iudicio damnatus (im J. 537: Liv. XXII, 35, 3), quam ignominiam adeo aegre tulerat, ut rus migraret et per multos annos et urbe et omni coetu careret

und zwar beruht dieſe höchſt geſteigerte Macht der gemeinen Meinung ebenſo wohl auf der politiſchen Inſtitution des Sittenrichteramtes als des ſtaatlichen Organes der mores, wie auch auf gewiſſen hiſtoriſchen Vorausſetzungen, die im ſocialen Leben des älteſten Rom gegeben waren und das Gewicht der gemeinen Meinung ſelbſt ganz ungewöhnlich ſteigerten. Denn, was das Letztere betrifft, ſo iſt von entſcheidendem Einfluſſe der Umſtand, daß vor Allem die Verletzung der bürgerlichen Sitte in weiteſten Kreiſen wahrgenommen wurde, und zwar ebenſo wegen der Oeffentlichkeit des Lebens, als auch wegen des räumlich beſchränkten Terrains, auf welchem das politiſche, wie ſociale Leben im älteſten Rom ſich concentrirte, wodurch beidemal nun die Handlungen des Individuum zur allgemeinen Kenntniß gelangten und ſomit die gemeine Meinung im weiteſten Kreiſe ein Urtheil über dieſelben nach dem Maaßſtabe der bürgerlichen Sitte ſich bildete; ſodann, daß in Folge des in § 39 dargelegten Characterzuges der alten Römer die gemeine Meinung in ihrem Urtheile in Sachen der fides ſehr ſtreng und rigorös war; und endlich, daß im älteſten Rom ſolche Entſcheidung der gemeinen Meinung nicht bloß die Bedeutung eines den ethiſchen Werth des Menſchen abſchätzenden Urtheiles hatte, als vielmehr auch die realen Lebensintereſſen höchſt fühlbar berührte, inſofern die Achtung und gute Meinung des Volkes eine weſentliche Grundlage der geſammten Lebensſtellung und die nothwendige Vorausſetzung der Carrière in Staats- wie Kirchendienſt bildete.

Dagegen das Sittenrichteramt der Könige und Conſuln und ſpäter der Cenſoren iſt das ſtaatliche Organ der mores, berufen das Urtheil der Volksſtimme officiell zu ſanciren. Und

---

hominum. Octavo ferme post damnationem anno (im J. 544) M. Claudius Marcellus et M. Valerius Laevinus consules reduxerant eum in urbem; sed erat veste obsoleta capilloque et barba promissa, prae se ferens in vultu habituque insignem memoriam ignominiae acceptae. L. Veturius et P. Licinius censores eum tonderi et squalorem deponere et in senatum venire fungique aliis publicis muneribus coegerunt. Sed tum quoque aut verbo adsentiebatur aut pedibus in sententiam ibat, donec cognati hominis eum causa Marci Livii Macati, cum fama eius ageretur, stantem cogit in senatu sententiam dicere (im J. 546).

wie dieſes Sittenrichteramt alle Richtungen des Volkslebens überwachte, ſo griff daſſelbe auch im Falle von Verletzungen der fides ein mit ſeinen Ehrenſtrafen: dem senatu movere, equum adimere, tribu movere und aerarium facere. Ein Beiſpiel hierfür bietet die römiſche Geſchichte[340]: M. Livius Salinator und C. Claudius Nero, beiderſeitig einander verfeindet, hatten bei Antritt ihres gemeinſchaftlichen Conſulates im J. 547 mit einander ſich ausgeſöhnt und Freundſchaft geſchloſſen; als nun im J. 550 Beide auch die Cenſur gemeinſchaftlich bekleideten und beim Cenſus Nero dem Salinator das Ritterpferd entzog, vergalt der Letztere ſolches dem Erſterem mit Gleichem, dieſe Maaßregel damit motivirend, quod non sincera fide secum in gratiam redisset. Insbeſondere aber iſt es der Eidbruch, der der animadversio censoria unterliegt[341]; und ſo werden denn die eidbrüchigen Gefangenen des Hannibal (A. 92) im J. 540 aus dem Ritterſtande, wie aus der Tribus geſtoßen und unter die Aerarier verſetzt[342], während P. Cornelius Scipio Africanus minor im J. 612 von gleichem Verfahren wider den C. Licinius Sacerdos nur aus Gründen der Unparteilichkeit abſieht[343].

§ 41.

Fortſetzung.

(Das Geſetz der Moral und des Rechtes.)

Die Sage läßt von einer Enkelin des Aeneas, Namens Rhoma, bei des Letzteren Ankunft in Italien der Fides auf dem

340) Liv. XXIX, 37, 10 und daraus Val. Max. II, 9, 6, wozu vgl. Liv. XXVII, 35, 9. Val. Max. IV, 2, 2. VII, 2, 6. Sil. Ital. XV, 597. Auct. de vir. ill. 50.

341) Cic. de Off. III, 31, 111: nullum — vinculum ad adstrigendam fidem iureiurando maiores artius esse voluerunt: id indicant notiones animadversionesque censorum, qui nulla de re diligentius quam de iureiurando iudicabant. Vgl. Rovers, de censor. ap. Rom. auctoritate, Tr. ad Rh. 1824. p. 18. Jarde, Cenſor. Strafr. d. Römer, Bonn 1824 S. 20. Becker, r. Alterth. II, 2. S. 220.

342) C. Acil. Glabrio bei Cic. de Off. III, 32, 115. Liv. XXII, 61, 9. XXIV, 18, 7. Val. Max. II, 9, 8. Gloſſem bei Cic. de Off. I, 13, 40. Gell. VI, 18, 10.

343) Cic. p. Cluent. 48, 134. Quint. J. O. V, 11, 13. Plut. apophthegm. reg. et imp. Scip. min. 12. Val. Max. IV, 1, 10.

palatiniſchen Hügel einen Tempel gründen[344]). Aus dieſer Angabe iſt zu entnehmen, daß die Fides bereits dem Kreiſe der palatiniſchen Göttergeſtalten des palatiniſchen Roms angehörte. Und andererſeits fand ſich die Fides auch wiederum in dem ſabiniſchen Götterkreiſe vor, ſo daß von doppelter Seite her dieſe Gottheit der älteſten römiſchen Religion zugeführt worden iſt[345]). In den Büchern der Indigitamenta war dieſelbe als timara d. h. sancta prädicirt[346]) und zweifelsohne als indigitamentum des Juppiter aufgeführt[347]); denn Juppiter, der himmliſche Lichtgott, iſt zugleich der Schützer wie der Grundfeldsgränze und des Rechtes, ſo auch der Gewiſſenhaftigkeit und Treue[348]). Der Fides publica insbeſondere aber ward vom König Numa ein eigener Tempel und Cultus gegründet, welcher erſtere auf dem Capitol in unmittelbarer Nachbarſchaft des Juppitertempels ſtand[349]) und ſpäter von A. Atilius Calatinus und anderweit von M. Aemilius Scaurus reſtaurirt ward[350]).

---

344) Agathocles bei Fest. v. Romam. p. 269. Vgl. Verg. Aen. I, 292.

345) Varr. LL. V, 10, 74 berichtet im Gegenſatze zu den römiſchen Göttern rein ſabiniſchen Urſprungs: paulo aliter ab eisdem (sc. Sabinis) dicimus Herculem, Vestam, Salutem, Fortunam Fortem, Fidem; ich vermag dieſer Stelle nur den Sinn abzugewinnen, daß Varr. die römiſchen Götter aufzählt, welche zugleich ſabiniſcher, wie latiniſcher Zubehörigkeit ſind. Vgl. Ambroſch, Studien und Andeutungen 141.

346) Serv. Fuld. in Aen. II, 143: intemerata] incorrupta vel integra; alii tamen volunt „intemerata“ de libris sacris commutatis literis esse praesumptum: „timaram“ enim Fidem i. e. sanctam appellabant.

347) Verwandte indigitamenta des Juppiter ſind: Terminus, worüber J. Marquardt, r. Alterth. IV A. 162, ſowie Jus und Fas in der precatio bei Liv. VIII, 5, 8: audi Juppiter, — — audite Jus Fasque! und was das Fas betrifft, in der Fetialformel bei Liv. I, 32, 6, ſowie in Sen. Herc. fur. 658. Anson. Edyll. 12 de Diis. Mit jenem Juppiter Jus iſt identiſch die Justitia ſ. A. 208.

348) Hartung, Rel. d. Römer II, 38. Preller, r. Myth. 218 fg. 224. und dazu Plaut. Rud. prol. 9—11.

349) Dion. II, 75. Liv. I, 21. Plut. Num. 16. Clem. Alex. Strom. V, I. 8. p. 648, 10. Pott. Cyrillus c. Jul. VI, p. 194 A. Ueber den Tempel der Fides ſ. Becker, r. Alterth. I, 408; über deren Cultus ſ. Marquardt, r. Alterth. IV, 278 fg. 457 a. E.

350) Cic. de N. D. II, 23, 61. de Off. III, 29, 104. de Leg. II, 11, 28.

Und gleichwie die fides im Allgemeinen unter der Obhut des Juppiter ſtand, ſo war dieſer auch der ſchützende Gott des Eides im Beſonderen als Juppiter Jurarius[351]). Unter dieſem Juppiter aber haben wir den altlatiniſchen Schwurgott anzuerkennen, der als ſolcher auch in dem Fetialrechte hervortritt. Daneben ſteht als der altſabiniſche Schwurgott der Semo Sancus, der in der römiſchen Religion als Dius Fidius Eingang fand[352]). Endlich begegnen wir hierneben noch einem dritten Schwurgotte: dem Hercules, einem altitaliſchen Gotte, welchen Varro ebenſo als altlatiniſch, wie als altſabiniſch bekundet[353]), deſſen römiſcher Cultus jedoch weder den Latinern, noch den Sabinern, als vielmehr den Aboriginern entſtammt[354]).

Dieſe Apotheoſirung aber der Treue und Gewiſſenhaftigkeit im Allgemeinen und der durch Eid beſtärkten Treue im Beſonderen unterbreitete derſelben ebenſo eine religiöſe, wie eine moraliſche Baſis: dort dieſelbe erhebend zur Eigenſchaft eines Gottes, ja, im Verlaufe der Zeiten, zur ſelbſt perſonificirten Gottheit, hier aber in Folge deſſen dieſelbe ſammt allen ſie be-

---

351) Preller, r. Myth. 238. in Ber. d. ſächſ. Geſ. d. Wiſſ. hiſt. phil. Cl. VII, 212. vgl. Cic. p. Font. 10, 20: Juppiter, cuius nomine maiores nostri vinctam testimoniorum fidem esse voluerunt; Plaut. Rud. prol. 14.

352) Ambroſch, a. O. 169. 170 fg., Laſaulx, Studien 214. A. 33. 34. S. 217. A. 44. Zeyß in Ztſchr. f. A. W. 1857. Sp. 222. Hartung a. O. II, 44 fg. Preller, in angez. Ber. d. ſächſ. Geſ. VII, 213 fg. R. Myth. 633 fg. Bachofen, Sage von Tanaquil 102 fg.

353) Vgl. A. 323; altlatiniſch: A. 345 und Aug. C. D. IV, 23. zweifelsohne nach Varro, vgl. Ambroſch a. O. 153; altſabiniſch: A. 345.

354) Dafür ſpricht: a. der Altar des Hercules, die ara maxima lag weder auf dem Palatin, noch auf dem Quirinal, ſomit weder auf altlatiniſcher, noch auf altſabiniſcher Cultusſtätte, vielmehr in der Niederung des Thales der Murcia auf dem ſpäteren Forum boarium; b. dieſem Hercules wurde weder nach latin., noch nach ſabin., als vielmehr nach griech. Ritus mit unverhülltem Haupte geopfert: Liv. I, 7, 3. c. der Hercules hatte weder einen Tempel, noch ein eigenes Prieſterthum, noch auch wurden ſeine sacra von Staatspriеſtern begangen; vielmehr hatte er nur sacra publica gentilicia, welche zwei (wohl ſelbſt aboriginen) gentes: der Pinaria und Potitia anvertraut waren; vgl. Schwegler, r. Geſch. I, 352 fg. Marquardt, r. Alterth. IV, 146.

rirenden Verpflichtungen und Handlungen unter die Aufſicht ſicher Gottheit ſtellend und dadurch nun, daß dieſe Gottheit ihr eigene Weſenheit als Geſinnung und Handlungsmaxime von ihren Verehrern erforderte, zur Moralpflicht erhebend. Und wie daher der Gott allwiſſend das Leben des Menſchen überwachte, deſſen Treu-Verhalten controlirend, ſo iſt es das Wohlgefallen des Gottes, welches die Heilighaltung der fides einſchärft, und ſeine Ungnade, welche von deren Bruch zurückſchreckt: denn ſolcher Bruch der fides begründet eine impietas mit allen hieran ſich knüpfenden göttlichen Strafen[355]):

Plaut. Rud. prol. 9 fg., wo Arcturus verkündet: quist imperator divom atque hominum Juppiter, | is nos per gentis [hic] alium alia disparat, | hominum qui facta, mores, pietatem et fidem | noscamus, ut quemque adiuvet opulentia: | qui falsas litis falsis testomoniis | petunt quique in iure abrogant pecuniam, | eorum referimus nomina exscripta ad Jovem; | cotidie ille scit, quis hic quaerat malum; | qui hic litem apisci postulant perinrio | mali, res falsas qui impetrant apud iudicem, | iterum ille eam rem iudicatam iudicat: | maiore multa multat quam litem auferunt. | Bonos in aliis tabulis exscriptos

---

355) Danz, sacr. Schutz 63 fg. 82 fg. ſtellt die Sätze auf: a. der Bruch des Eides macht zum impius; b. die Folge der Impietät iſt eine Excommunication; c. dieſe Excommunication wird verkündet durch sacrorum detestatio. Dem ſteht entgegen: ad a. nicht bloß der Eidbruch, ſondern die Verletzung einer jeden unter den Schutz der Götter geſtellten Verpflichtung begründet Impietät; ad b. die Folge der Impietät iſt im Beſonderen göttliche Strafe mannichfacher Beſchaffenheit, im Allgemeinen aber theils die Anforderung, des Gebetes wie Opfers ſich zu enthalten; denn castitas, Reinheit an Leib und Seele wird zu Beiden erfordert: Friedländer in Marquardt, r. Alterth. 464. Preller, r. Myth. 116 fg., theils die Wirkungsloſigkeit des dennoch dargebrachten Opfers, wie Gebetes: Plaut. cit. 22 fg. Cic. de Leg. II, 9, 22; nicht dagegen hat die Impietät eine formelle Excommunication zur Folge; ad c. dieſe Auffaſſung der sacrorum detestatio wird durch die Quellen nicht gerechtfertigt. — Die Impietät wird beſeitigt durch expiatio, die bei culpoſem Eidbruche zuläſſig iſt: Danz, a. O. 97 fg., Marquardt a. O. IV, 249 fg., dagegen bei doloſem Eidbruche ausgeſchloſſen ſcheint, ſo daß hier bleibende Impietät die Folge ſein würde.

habet. | Atque hoc scelesti [illi] in animum inducunt suum, | Jovem se placare posse donis, hostiis: | et operam et sumptum perdunt; id eo fit, quia | nihil ei acceptumst a periuris supplici. | Facilius si qui pius est a dis supplicans, | quam qui scelestust, inveniet veniam sibi. | Idcirco moneo vos ego hoc, qui estis boni | quique aetatem agitis cum pietate et cum fide: | retinete porro, post factum ut laetemini;

Cic. de N. D. I, 2, 4: pietate adversus deos sublata fides etiam et societas generis humani et una excellentissima virtus: iustitia tollitur; de Leg. II, 7, 16: quam multa firmentur iureiurando, quantae salutis sint foederum religiones, quam multos diuini supplicii metus a scelere revocarit quamque sancta sit societas civium inter ipsos, diis immortalibus interpositis tum iudicibus, tum testibus?

Liv. IX, 9, 4: iuxta divinas religiones fides humana colitur; XXIX, 24, 3: ne — deos, testes atque arbitros conventorum fallat;

Symm. Ep. X, 61: omnia quidem deo plena sunt nec ullus perfidis tutus est locus, sed plurimum valet ad metum delinquendi, etiam praesentia religionis urgeri.

Zu dieſer allgemeinen Wirkung des Treubruches und der hierdurch begangenen impietas treten ſodann bei dem promiſſoriſchen Eide noch beſondere Wirkungen: denn der Eid[356]) iſt die Bekräftigung einer Ausſage durch Berufung auf einen Gott als den Ohren- oder Augenzeugen und Schiedsrichter der Wahrheit der aſſertoriſchen oder der gewiſſenhaften Erfüllung der promiſſoriſchen Ausſage[357]):

---

356) Laſaulx, Studien d. claſſ. Alterthumswiſſ. 208 fg. Schilling, Inſt. § 88. 257. Danz, ſacral. Schutz 13 fg.

357) Vgl. Brisson. de Form. IV, 1 fg. VIII, 1—19. Laſaulx a. O. 209. A. 5. 6. Danz, a. O. 33 fg. — Weſentlich iſt nur dieſe directe oder indirecte Zeugenaufrufung einer Gottheit; dagegen ſind unweſentlich: a. die exsecratio, die ausdrückliche Verwünſchung ſeiner ſelbſt oder eines Dritten für den Fall des Eidbruches, worüber vgl. A. 327. Rein, Crim.

Cic. de Off. III, 29, 104: est — iusiurandum affirmatio religiosa;

fetialer Eid beim foedus feriendum in Liv. I, 24, 7: audi Juppiter! — — illis legibus pop. Rom. prior non deficiet;

Plaut. Capt. II, 3, 66. fg.: Jovem supremum testem do Hegio me infidelem non futurum Philocrati; Rud. V, 2, 51: Venus Cyrenensis testem te testor mihi; 56: dico, Venus, ut tu audias; vgl. 45: Venus haec volo adroget te, wozu vgl. Beil. XIX A. 110; Curc. II,2,17: — Jovi, auxilium tibi qui in iureiurando tulit;

Dion. XI, 11: *θεοὺς ἐγγυητὰς ποησάμενοι*

Cic. de Off. III, 10,44: cum iurato sententia dicenda sit, meminerit deum se adhibere testem;

Verg. Aen. XII, 200. fg.: audiat haec Genitor — —, numina testor;

Liv. III, 2, 4: quorum id — periurio fiat, deos nunc testes esse; IX, 1, 7: quid diis, arbitris foederis debeo; XXI, 10, 3: per deos, foederum arbitros ac testes — obtestans;

Rt. 796 A. ** Laſaulx a. O. 209. A. 3. Danz a. O. 20 fg., ſo z. B. im fetialen Eide beim foedus feriendum nach Liv. I, 24, 8, ingleichen bei Plaut. Rud. V, 2, 58 f. Amph. III, 2, 52 f. b. das aram tangere, ſo in A. 323. Plaut. Rud. V, 2, 49. Cic. p. Flacc. 36, 90. Verg. Aen. IV, 219. XII, 201. Juv. Sat. XIV, 219. Prop. IV, 20, 15 (III, 20, 25.) vgl. Nep. Hann. 2, 4. Serv. in Aen. IV, 219. Vgl. Brisson. l. c. VIII, 9. c. beſondere die Heiligkeit einſchärfende Solennitäten, ſo Schwur auf den Dolch vgl. Laſaulx a. a. O. 213. d. eine beſondere cautelare Wortconception (vgl. § 33): conceptis verbis iurare, peierare im eminenten Sinne: Sen. Decr. bei Gell. II, 24, 2. P. Cornel. Scip. Afric. Min. bei Cic. p. Cluent. 48, 134. Quint. J. O. V, 11, 13. Val. Max. IV, 1, 10. Cinc. 5 de re mil. bei Gell. XVI, 4, 4. Plaut. Cist. I, 1, 100. Bacch. IV, 9, 105. Asin. III, 2, 16. Merc. IV, 4, 50. Pseud. I, 3, 119. Truc. IV, 2, 54. Cic. de Off. III, 29, 108. Liv. XLIII, 16, 15. Nep. ep. Cornel. II init. Petron. Sat. 113. 133 u. a. m. vgl. Turneb. Adv. III, 10. Gronov. Lect. Plaut. 121 fg., wo irrig das praeire verbis (ſ. A. 16) mit hereingemengt wird; Brisson. de Form. VIII, 10. Rein, Crim. Rt. 795. A. **. Danz a. O. 17 fg., der den Begriff des conceptis verbis iurare zu eng begränzt, da vielmehr dadurch entweder eine beſondere, cautelare Wortconception, oder aber die Wortfaſſung überhaupt des Eides bezeichnet wird. Vgl. im Uebrigen bei A. 307.

Schol. in Pers. V, 138: si Jovem testem — periurii tui — putas;

Apul. de deo Socr. 5: quem (sc. deum) — iureiurando arbitrum adhibebo.

Der Bruch des Eides enthält daher einen Frevel gegen den zum Zeugen angerufenen Gott und eine ſchnöde Verletzung der demſelben ſchuldigen Ehrfurcht[358]), wodurch nun die Vergeltung: die ira und ultio[359]) des betreffenden Gottes auf das Haupt des Eidbrüchigen heraufbeſchworen wird:

Cic. p. Rosc. Com. 16, 46: poena ab dis immortalibus periuro — constituta est. — Ex perfidia et malitia, per quam insidiae tenduntur alicui, di immortales hominibus (sc. periuris) irasci et succensere consuerunt[360]);

Liv. III, 2. 4: quorum id perfidia et periurio fiat, deos — fore ultores;

Schol. in Pers. V, 138: si Jovem — periurii tui vindicem putas.

Der verletzte Gott aber nimmt ſelbſt ſeine Rache in ſeine Hand und ſendet die mannichfachen Strafen auf den Frevler hernieder, der das ſchnöde Spiel mit ihm, dem Gotte, getrieben[361]):

---

358) Dabei wird jedoch die Verbindlichkeit des promiſſoriſchen Eides durchaus nach dem Geſichtspunkte des Vertrages beurtheilt; erließ der Promiſſar dem Promittenten das eidlich Angelobte, iurisiurandi gratiam facere, ſo erloſch damit die Verpflichtung zur Erfüllung des eidlich Angelobten: Plaut. Rud. V, 3, 58. Suet. Tib. 35. Papin. Just. 2 de Const. (D. L, 1, 38. pr.) vgl. Taubmann zu Plaut. cit. Danz, a. O. 31. A. 12.

359) Daher iratos invocare Deos bei Liv. II, 45, 14 gleich iurare; ferner Plaut. Amph. III, 2, 52: te, summe Juppiter, quaeso, Amphitruoni ut semper iratus sis. Vgl. Cic. de Off. III, 29, 104: qui ius — iurandum violat, is Fidem violat.

360) Bei Cic. de Off. III, 29, 104: quod — affirmate quasi deo teste promiseris, id tenendum est; iam enim non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet, tritt die philoſophiſche Lehrmeinung der Nationalanſchauung gegenüber.

361) Vgl den obencitirten Plaut. Rud. prol. 9 fg. — Für unrichtig halte ich den von Danz, a. O. 47 fg. aufgeſtellten Satz, „die erzürnten Götter rächen nicht durch eigene Hand das impium facinus des periurus, ſondern

Cic. de Leg. II, 9, 22: periurii poena divina exitium;
Tib. I, 9, 3: ah miser, etsi quis primo periuria celat, | sera tamen tacitis poena venit pedibus;
Tac. Ann. I, 73: Rabirio crimini dabatur violatum periurio numen Augusti; quae ubi Tiberio innotuere, scripsit consulibus, — — iusiurandum perinde aestimandum quam si Jovem fefellisset: deorum iniurias Diis curae; wozu vgl. Dio Cass. LVII, 8. 9.

Jene unmittelbare Oberaufſicht aber, jenes Richter- und Straf-Amt der Götter, welchem das Moralgeſetz hinſichtlich ſeiner Anforderungen auf Heilighaltung der fides unterſtellt war, haben wir als ein höchſt wirkſames Compelle für die älteſten Perioden des römiſchen Volkslebens anzuerkennen: denn „kein Volk hat ſo viel Anlage zu innerlicher Frömmigkeit, als das römiſche; denn die römiſche Religion iſt vorzugsweiſe eine Religion der Sühne, und der Anblick der Symbole und die Feier der Ceremonien erfüllen die Gemüther der Menſchen mit bangen Schauern von dem Zorne des unſichtbaren Gottes[362])." So daher mußte die Frömmigkeit des alten Römers und ſein Glauben an die Allwiſſenheit, wie an die Vergeltung der Götter vom Frevel des Treubruches jeden Beſonnenen zurückſchrecken.

Zu allen den in § 39 fg. dargelegten Garantieen der fides tritt endlich ein weiteres Schutzmittel bezüglich des Eides in dem Rechtsgeſetze, welches zwar nicht als Strafe, aber doch mit ſtraf-ähnlicher Wirkung über den Eidbrüchigen die Ehrloſigkeit verhängt: das improbum intestabilemque esse, welches die XII Tafeln ausſprachen[363]).

---

durch Menſchenhand, der ſie geſtatten, ohne Furcht vor Unrecht und Sünde den Act der Vergeltung zu vollziehen." Vielmehr ergeben die Quellen das Entgegengeſetzte: nicht den Menſchen kommt die Beſtrafung des Meineides zu, ſondern die Rache iſt Gottes ſelbſt und dieſer vollzieht ſie mit eigner Hand. Die göttlichen Strafen aber ſind Zufügung eines Uebels und zwar theils indirect, durch Anreizung zur Miſſethat, theils direct: ebenſo unterirdiſche Strafen, wie irdiſche, ſo Störung der Nachtruhe, leibliche oder geiſtige Krankheit, Tod, Unſegen des Hauſes u. dergl. Alles dies fällt jedoch bereits außerhalb der Sphäre unſerer Erörterung.

362) Krahner in Philol. 1868. XXVII, 71. vgl. Dion. II, 18 fg.

363) Nep. 5 Exempl. bei Gell. VI, 18, 11 bezüglich der eidbrüchigen

Die diesfallsige Entscheidung selbst aber der Frage des geschehenen Eidbruches war der Cognition der pontifices unterstellt[864]).

§ 42.

Die besonderen Schutzmittel der fides.

Indem die auf die fides gestellten Verbindlichkeiten durch keinen äußeren, organischen Zwang gesichert waren, insofern also an und für sich einzig in der Gewissenhaftigkeit des Verpflichteten eine Garantie ihrer Erfüllung fanden, so war hierin für den Lebensverkehr ein ethisch idealer Standpunkt eingenommen, der jedoch in den meisten Fällen, wo auf jene Grundlage das Geschäft gestützt ward, als zureichend und genügend sich erweisen mochte. In den besonderen Fällen dagegen, wo die geschäftliche Treue des Mitpaciscenten minder sicher erscheinen mochte, dennoch aber das Geschäft auf dessen Treue hin abgeschlossen ward, war ein der Realsicherheit ähnliches, wenn gleich selbst nur auf die fides gestelltes Sicherungsmittel gegeben in der pignoris datio (s. bei A. 291), woneben späterhin auch noch die arrha trat. Beispiele solcher Verwendung bietet zunächst Plaut. Rud. II, 7, wo auf das in v. 16 gestellte Gesuch um Gewährung eines Commodates, somit um Abschluß eines zum Contracte noch nicht umgestalteten einfachen Lebensgeschäftes, der Angesprochene in v. 23 entgegnet: tibi ego numquam

---

Abgesandten des Hannibal (A. 92): intestabiles — fuisse; Cic. de Off. III, 31, 111: nullum — vinculum ad adstringendam fidem iureiurando maiores artius esse voluerunt; id indicant leges in XII tab., wozu vgl. Gell. VI, 18, 1. Anders Dirckſen, XII Taf. Geſ. 635 fg. — Danz a. O. 71. 81. nimmt an, daß den periurus ein Zwang zum Exuliren und die aquae et ignis interdictio, somit cap. dem. media getroffen habe, und folgert dies aus der exsecratio (s. A. 357) des das foedus beschwörenden Fetialen, die Götter mögen ihn im Falle des Eidbruches aus dem Vaterlande austreiben. Allein weder darf aus diesem höchst solennen Eide ein allgemeines Gesetz für alle Eide hergenommen werden, noch auch rechtfertigt jener solche Schlußfolgerung: denn die Austreibung ist in die Hand der Götter, nicht der Menschen gelegt. Ueberdem widerspricht auch auf das Entscheidendste die nota censoria in § 40. a. E.

364) Plaut. Rud. V, 3, 21. vgl. Danz, a. O. 79. Anders Rein, Crim. Rt. 796.

credam quicquam nisi si accepto pignore. Ingleichen auch der in § 33 beſprochene Fall bei Plaut. Capt., wo der auszuwechſelnde kriegsgefangene Philocrates im Gewahrſame des Hegio bleibt, bis der zur Vermittelung der Auswechſelung in die Heimath zurückgeſchickte Tyndarus zurückkehrt, und wo nun Philocrates mit Bezug hierauf in II, 3, 72 fg. zum Tyndarus ſagt: cogitato — — meam esse vitam hic pro te positam (d. h. me per meam vitam pro te positum) pigneri, — — ne tu — pignus deseras, während Hegio bezüglich des Tyndarus in III, 4, 122 äußert: reliquit pigneri putamina, und endlich der zurückgekehrte Tyndarus zum Hegio in V, 1, 18 ſagt: reddas servom, quem hic reliqueram pignus pro me. Und endlich gehört hierher auch die Einſetzung des pignus für die nicht klagbare Wette.

Dahingegen bezüglich der arrha bietet ein Beiſpiel die allerdings erſt der Kaiſerzeit angehörige arrha sponsalitia[365]).

Eine weit größere Verlegenheit dagegen erwuchs jenem Lebensverkehre daraus, daß, während Zweifelsfragen über Exiſtenz und Inhalt, wie Umfang der auf der fides ſtehenden Verbindlichkeiten nicht ausbleiben konnten, doch wieder ein Organ für Erledigung ſolcher Fragen von Staatswegen nicht gegeben war. Und hier nun hatte das Leben zur Beſeitigung der ſo erwachſenden Unſicherheit ein zwiefaches Inſtitut in das Daſein gerufen: den Gewiſſensrath und das Schiedsgericht.

Wenn immer nämlich über die Frage wegen der Exiſtenz oder wegen Inhalt oder Umfang einer Treupflicht der nächſte Richter das Gewiſſen des Verpflichteten ſelbſt war, ſo mußte doch gerade die größte Gewiſſenhaftigkeit zu der Erkenntniß führen, daß vornämlich bei wirklich zweifelhaften Fragen der Verpflichtete um ſeines dabei betheiligten eigenen Intereſſes willen nicht ein völlig vorurtheilsfreier und unbefangener Richter war, gerade um deßwillen aber auch wiederum die Volksſtimme ſolche Entſcheidung des Verpflichteten ſelbſt mit Mißtrauen zu betrachten geneigt ſein mußte. Jene Unparteilichkeit der Entſcheidung aber ſtellte man ſicher, ſobald man den Zweifelsfall entweder in Uebereinſtimmung mit dem Mitintereſſenten einem

365) Paul. Sent. rec. II, 19. 9a; vgl. Burchardi, Lehrb. § 117. A. 4.

Schiedsrichter, oder einſeitig einem Kreiſe von Freunden, gleich als einem Gewiſſensrathe unterbreitete.

Zunächſt nun dieſes consilium cognatorum et amicorum war zu jener Stellung als unparteiiſcher Gewiſſensrath bei Zweifelsfragen der fides gewiſſermaſſen berufen durch die organiſche Stellung, die ihm von älteſter Zeit her bei dem iudicium domesticum des paterfamilias als deſſen Beirath angewieſen war[366]). Und wie von hieraus die Sitte ſich entwickelte, bei Zweifelsfragen aller Art, bei denen man der Unbefangenheit oder der Fähigkeit des eigenen Urtheiles mißtraute, ſolches consilium zu Rathe zu ziehen[367]), ſo nun begegnen wir demſelben auch bei Zweifelsfragen der fides:

Cic. de Fin. II, 17, 55: memini me adesse P. Sextilio Rufo, cum is rem ad amicos ita deferret, se esse heredem Q. Fadio Gallo, cuius in testamento scriptum esset se ab eo rogatum, ut omnis hereditas ad filiam perveniret. Jd Sextilius factum negabat. — — Addebat etiam se in legem Voconiam iuratum contra eam facere non audere, nisi aliter amicis videretur. Aderamus nos quidem adulescentes, sed multi amplissimi viri, quorum nemo censuit plus Fadiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire;

und von einem anderem erbrechtlichen Falle, wo Pomponia Galla ihren Sohn Asudius Curianus enterbt und den Plinius zum Erben eingeſetzt hatte:

Plin. Ep. V, 1, 5 fg.: adhibui in consilium duos, quos tunc civitas nostra spectatissimos habuit, Corellium et Frontinum. His circumdatus in cubiculo meo sedi. Dixit Curianus, quae pro se putabat. Respondi

366) Vgl. Voigt, lex Maenia A. 47.

367) L. Coel. Antipater bei Cic. de Div. I, 26, 55: rem ad amicos detulisse, quorum de sententia etc. Plaut. Stich. IV, 2, 2 fg.: cum amicis deliberavi iam et cum cognatis meis: | ita mi auctores fuere, ut etc. Capt. I, 2, 76 fg.: emptum, nisi qui meliorem adferet, | quae mi atque amicis placeat condicio magis; Cic. in Verr. II, II, 17, 41: Heraclius — — capit consilium de amicorum et propinquorum sententia non adesse ad iudicium.

paucis ego; neque enim aderat alius, qui defunctae pudorem tueretur. Deinde secessi et ex consilii sententia „videtur“ inquam „Curiane, mater tua iustas habuisse causas irascendi tibi.“

Einen anderen Ausweg aber bot das Verfahren, in Uebereinſtimmung mit dem Mitintereſſenten bei Zweifelsfrage: ſei es bei Ungewißheit über das Gebot an ſich der bürgerlichen Sitte, ſei es bei Ungewißheit über die thatbeſtändlichen Vorausſetzungen, welche die Treupflicht begründen, einen arbiter zu vereinbaren und ſolchem den Differenzfall zur Entſcheidung vorzulegen[368]), wobei dann mitunter das ſtreitige Object bei dem arbiter gleich als sequester deponirt wird. Und dies Verfahren, welches ebenſo bei Differenzen über Rechtspflichten, wie über Treupflichten zuläſſig iſt (§ 36 unter A 4. B 8), heißt techniſch litem oder controversiam componere[369]), im Gegenſatze zu dem litem contrahere als dem Proceß-Führen[370]).

Bei Zweifeln endlich, welche lediglich thatbeſtändliche Momente betrafen, half man ſich auch damit, daß dem einen Intereſſenten ohne Weiteres überlaſſen wurde, durch einen aſſertoriſchen Eid die Ungewißheit zu heben[371]).

§ 43.

Die hiſtoriſchen Grundlagen der Stellung von rigor und aequitas gegenüber dem Lebensverkehre.

Ueberblickt man die Stellung, welche nach § 32. 34. 36 einerſeits der rigor, andrerſeits die aequitas gegenüber dem geſchäftlichen Vermögensverkehre einnehmen, ſo tritt hierin eine Geſtaltung des Lebens und ein Geſammtbild hervor, welches

---

368) Vgl. hierüber Hartmann, Ordo Judicior. I, 105 fg.

369) Hartmann, a. O. 111. A. 22 und dazu Sentent. Minuc. in C. J. L. I. n. 199. lin. 3: controversias componere.

370) Plaut. Cas. III, 2, 31. Capt. prol. 61. Cic. de Leg. III, 2, 6.

371) Dion. II, 75: *οπότε ὑπὲρ ἁμαρτύρου συναλλάγματος ἀμφίλογόν τι γένοιτο ἐνὶ πρὸς ἕνα, ἢ διαιροῦσα τὸ νεῖκος καὶ προσωτέρω χωρεῖν οὐκ ἐῶσα τὰς φιλονεικίας ἢ θατέρου τῶν διαδικαζομένων αὐτῶν πίστις* (i. e. *ὅρκος*) *ἦν* vgl. Plaut. Most. V, 1, 36 fg.: iusiurandum pollicitust dare se, si vellem, mihi neque se hasce aedis vendidisse, neque sibi argentum datum.

Und zwar lautet dieſe Sage in ihrer altlatiniſchen und insbeſondere laurentiniſchen [380]) Ueberlieferung [381]), welche an die fünf erſten Sagen-Könige Latiums: an Janus, Saturnus, Picus, Faunus und Latinus [382]) anknüpft, dahin [383]): in den allerälteſten Zeiten unter Janus lebten die Menſchen im primitivſten Naturzuſtande: unberührt von aller Cultur führte der Einzelne ein iſolirtes, wie unſeßhaftes Leben, in den Bergen herumſchweifend und in hohlen Bäumen ſein Obdach findend, nährte er ſich von den Früchten der Bäume, wie von den Erträgniſſen der Jagd, und keine Sitte vereinigte die Menſchen zu einem geſellſchaftlichen Gemeinweſen [384]). Da landete Saturn an Latiums Küſte, als Träger und Verbreiter einer höheren Cultur: er vereinigte die zerſtreuten Menſchen zum geſellſchaftlichen Zuſammenleben und zum Gemeinweſen, machte ſie ſeßhaft und gab ihnen das Geſetz der bürgerlichen Sitte, welchem der Einzelne freiwillig ſich unterordnete. So begründete ſich ein

---

Reichart, ſittl. Lebensanſchauung des Ovid, Potsdam 1867 S. 50 fg. B. von den verſchiedenen Zeitaltern der Menſchheit, zurückgeführt auf Dicäarch und überliefert von Varr. RR. II, 1, 4. 5. I, 2, 16, wie von Verg. Georg. I, 121 fg. Ov. Am. III, 8, 35 fg. Sen. Ep. 90, 36 fg. Lact. Div. Inst. V, 5, 2 fg. II. Der ächt römiſche Sagenkreis: ſ. A. 380 fg. Vgl. im Allgemeinen Preller über die Vorſtellungen der Alten, beſonders der Griechen von dem Urſprunge und den älteſten Schickſalen des menſchlichen Geſchlechtes in Philol. 1852. S. 1—60. Klingender, de aureae aetatis fabula. Caſſel 1856.

380) Vgl. die Citate bei Schwegler, r. Geſch. I, 214 A. 1.

381) Die ſpätere ſynkretiſche Mythologie knüpfte jene Sage an die drei Götter Janus, Saturnus und Juppiter an und findet ſich in dieſer Relation bei Tibull. I, 3, 35 fg. Eine andere Verſion dagegen hielt zwar Königsgeſtalten feſt, ſetzte aber an Stelle des Picus den Juppiter, ſo Dion. I, 36. Justin. H. Phil. XLIII, 1, 3—8, vgl. auch wieder Dion. I, 31. 44. Verg. Georg. II, 535 fg. und die Sage vom Evander d. i. Faunus, worüber ſ. Schwegler a. O. 351 fg. 357 fg. — Dichteriſch frei iſt Ov. Fast. I, 233 fg.

382) Vgl. Schwegler a. O. 212 fg.

383) Dieſe Relation bieten Verg. Aen. VIII, 314, ferner Cassius (Hemina) hist., Corn. Nep. (Chronol.), Thallus und Diod. Sic. nach Minuc. Felix Octav. 21, 4 fg., ingleichen bei August. C. D. XVIII, 15. Lact. Div. Inst. I, 13, 8. Eutrop. hist. I. init. in der Hist. Misc.; vgl. Macr. Sat. I, 7, 19 fg. 8, 3. 9, 1 fg. Arnob. adv. Gent. III, 29. 30.

384) Verg. Aen. III, 315—318, wozu vgl. Serv. in h. l.

Zustand ewigen Friedens, in welchem es weder Krieg, noch Diebstahl und weder Sclaverei, noch Sondereigen gab, vielmehr in ungetheilter Gemeinschaft gleichmäßig von Allen die Güter benutzt wurden. Sodann lehrte er den Menschen den Ackerbau und die Düngung, die Baumcultur, wie Kunstfertigkeiten aller Art, so die Anfertigung von Geräthen, das Prägen des Erzes und die Schrift. Und so nun verband sich mit dem bisherigen Zustande des Glückes und Friedens der Reiz der Geselligkeit und höheren Cultur, wie der Ueberfluß an irdischen Gütern. Und dies nun war die goldene Zeit [385]). Unter Saturns Nachfolger endlich begann dann der allmählige Verfall der Zeiten: mit Schifffahrt und Seehandel erwachte die Habgier und die bisherige Gütergemeinschaft erreichte damit ihr Ende; auch begann das Schlachten der Thiere, wie der Krieg [386]); und nunmehr trat auch das Rechtsgesetz an die Stelle der freiwillig beobachteten Sitte [387]).

Diese Sage aber ist zwar, wie bemerkt, altlatinisch und vorrömisch, worauf insbesondere auch die Einflechtung von Schifffahrt und Seehandel hinweist; allein, gleich dem Kindermärchen der Mutter, ist sie übergangen auf Latiums größte Tochter und hat hier in dem Munde des Landvolks, wie in den Sitten und Gebräuchen bei den Saturnalien Jahrhunderte hindurch in treuer Erinnerung sich bewahrt [388]). Und in dieser Sage ist nun der Gedanke ausgesprochen, daß bei einem Volke, welches noch unverdorben ist durch Verfeinerung des Lebens und welches unbekannt ist mit Ueberfluß und gesteigerten Lebensgenüssen, das gegebene Wort und die Sitte der Väter gelten

---

385) Verg. Aen. VIII, 321—325. vgl. VI, 793 fg. VII, 203 fg. Serv. in Aen. VIII, 322. Minuc. Fel. Oct. 21, 5. Macr. Sat. I, 7, 19—26. 8, 3. 9, 1—3. Varr. RR. III, 1, 5. Col. RR. I. praef. 20. Plut. Lyc. et Num. comp. 1, 8. 9, Quaest. Rom. 12. 42. Schol. Ver. in Aen. VII, 266 p. 96 K., sowie aus der Gruppe der Schriftsteller in A. 381: Tib. I, 3, 33—44. Justin. H. Phil. XLIII, 1, 3. 4. Verg. Georg. II, 536—540 und dazu Schol. Ver. in h. l. p. 78 K.

386) Verg. Aen. VIII, 326 fg. Tib. I, 3, 49 fg. vgl. Verg. Georg. und Tib. in A. 385.

387) Verg. Aen. VIII, 203 fg. vgl. auch Lact. Div. Inst. V, 5, 2 fg.

388) Lucr. I, 1166 fg. Wegen der Saturnalien vgl. namentlich Justin. Macr. und Plut. in A. 385. Serv. in Aen. VIII, 319.

und genügen, den Lebensverkehr zu ſchirmen und friedlich zu regeln, und daß erſt mit der geſteigerten Culturentwicklung und dem damit Hand in Hand gehenden Sittenverfalle eine Bedrohung jenes Verkehres und damit das Bedürfniß nach Recht überhaupt, wie auch die Schaffung von Rechtsſätzen eintritt. Hierin aber offenbart ſich die leitende Grundanſchauung, daß das Recht rein ſubſidiär der bürgerlichen Sitte gegenüberſteht und ein bloßer Nothbehelf iſt, bedingt und erfordert durch die ſittliche Schwäche des Menſchen. Und wie nun im Lichte dieſer Auffaſſung die Vergangenheit der Menſchen gedacht wird, ſo ergiebt dieſelbe auch für die altrömiſche Gegenwart die Conſequenz, daß auch jetzt noch fides und mores in erſter Linie den Lebensverkehr zu regeln haben, das Recht aber in ſolche Ordnung nur dann und inſoweit einzugreifen berufen iſt, als der Gläubiger in der fides des Schuldners und in den mores den genügenden Schutz für ſeine Intereſſen nicht finden würde, demnach aber das Recht nur die Aufgabe hat, da einzugreifen, wo die Unzuverläſſigkeit des Verpflichteten ein Gegenmittel und einen Erſatz für die hier machtloſe bürgerliche Sitte erfordert. Hiermit aber iſt dem Rechte die Stellung überwieſen, nicht gleich als eine nothwendige und aufgenöthigte Wohlthat, ſondern als ein freigewählter Nothbehelf über den Geſchäftsverkehr zu herrſchen.

Mit dieſer Auffaſſung aber von der Function des Rechtes harmonirt nun auf das Vollkommenſte die praktiſche Stellung, welche das älteſte römiſche Recht dem Geſchäftsverkehre gegenüber einnimmt: es beherrſcht denſelben nicht, wie bei uns, in apodiktiſcher Weiſe, mit unbedingter, wahlloſer Nothwendigkeit, ſondern einzig und allein in ſoweit, als es freiwillig zur Anwendung herbeigezogen und als Mittel gewählt wird, das Geſchäftsverhältniß eines wirkſameren Schutzes theilhaft zu machen. Und zwar beruht dieſe hiſtoriſche Stellung des älteſten römiſchen Rechtes auf jener in § 1. 34. 35 dargelegten eigenthümlichen Methode der Individualiſirung des Rechtsgeſchäftes, auf jenem Verfahren nämlich, die Rechtsgeſchäfts-Figuren nach der dafür gegebenen ſolennen Formel, nicht aber nach den darin verwirklichten wirthſchaftlichen Proportionen der pecuniären Intereſſen zu individualiſiren. Denn jene Methode des älteſten

Rechtes gab den Paciscenten die Wahl frei, das einzugehende Geschäft durch Einkleidung in solche solenne Form zum Rechtsgeschäfte umzugestalten, so das Darlehn zum Nexum, das Depositum zur fiducia, oder aber durch Absehen von solcher Form dasselbe lediglich der Sphäre der mores zu überlassen und allein auf die Basis der fides zu stellen (§ 34). Daher bietet das Recht in solcher Form lediglich ein in die freie Wahl gestelltes, nicht aber ein aufgenöthigtes Mittel dar, das Geschäftsverhältniß auf das Rechtsgebiet überzuleiten: es zwingt nicht, wie heutigen Tages, mit Nothwendigkeit und unabhängig von dem Willen der Interessenten den Geschäftsverkehr unter seine Satzungen, die zugleich alle im Volksleben zu Tage tretenden wirthschaftlichen Verkehrs-Proportionen reguliren, vielmehr überläßt es dem freien Ermessen der Interessenten, die gleichen Verkehrs-Proportionen der Herrschaft des ius oder aber den mores allein zu unterstellen; und es übt somit, wie bemerkt, lediglich eine problematische Herrschaft über den Verkehr, demselben eine nur facultative und subsidiäre Norm bietend, nicht aber jene apodiktische Herrschaft, die als obligatorische und principale Ordnung auftritt.

Und hiermit endlich stehen wiederum in einem inneren Zusammenhange die hier betrachteten Principien selbst des ältesten römischen Rechtes: innerhalb des ius steht dem Gläubiger einerseits eine rasche Hülfe und eine unbarmherzig strenge Execution wider den säumigen Schuldner zu Gebote, allein andererseits unterliegt sein Rechtsanspruch selbst in Existenz, wie Inhalt und Umfang auf Grund des rigor einer chicanös strengen Beurtheilung und jedwede captio ist dem Schuldner frei gegeben, als dolus bonus geltend (§ 44); dahingegen innerhalb des aequum et bonum d. h. der fides steht dem Gläubiger zwar nur das Compelle zur Seite, womit in Rom die bürgerliche Sitte und Moral bewehrt ist (§ 40. 41), allein zu Gunsten seines Anspruches traten in allseitigster Weise die Pflichtgebote der fides als Regulatoren ein, jede Ausflucht zurückweisend, die mit aufrichtiger Treue und Redlichkeit unvereinbar war und die etwa formale Momente gleich als etwas Wesentliches zur Geltung zu bringen suchte, da in dieser Sphäre die captio zum dolus malus sich qualificirte (s. bei A. 308).

§ 44.

Der praktiſche Werth je der Principien von rigor und aequitas.

Gegenüber unſerem eigenen Rechte, wie Rechtsbewußtſein ſtehen die Poſitionen der römiſchen aequitas allein in dem Verhältniſſe des Uebereinſtimmenden, während der rigor mit ſeinen Poſitionen in dem ſchroffſten Contraſte und Widerſpruche ſteht, ja geradezu als etwas höchſt Fremdartiges, wie ſchwer Faßbares uns entgegentritt (ſ. A. 266). Eine objective Betrachtung der Geſchichte belehrt nun zwar, wie in weſentlich verſchiedenen Culturperioden ſo oft das ſchwer Begreifliche weit beſſer, als das uns Naheliegende dem Bedürfniſſe der Völker zuſagte; allein immerhin müſſen wir in jenem Auftreten und allumfaſſenden Wirken des rigor im römiſchen Rechte doch inſofern etwas beim erſten Anblicke Befremdliches anerkennen, als ja die römiſche Volksanſchauung ſelbſt in der That nach ökonomiſchen, nicht aber nach formalen Kategorieen die in ſeinem Verkehrsleben erkannten und unterſchiedenen Geſchäftsfiguren beſtimmte und individualiſirte und ſo z. B. eine emtio venditio, lo catio conductio, depositum, mutui datio begrifflich ſetzte, während das Recht dagegen mit ganz anderen Begriffsgrößen hervortritt. Dennoch aber vermögen wir die Herrſchaft des rigor uns vollkommen begreiflich zu machen auf doppeltem Wege: theils durch Feſtſtellung des praktiſchen Werthes je des rigor und der aequitas, theils durch die hiſtoriſche Parallele.

Vor Allem den erſteren Punkt betreffend, ſo bietet zunächſt der rigor den nicht zu unterſchätzenden Vorzug[389]), daß unter ſeinem Einfluſſe die Rechtsacte in abstracto den höchſten Grad juriſtiſcher Gewißheit und Zweifelloſigkeit in Bezug auf Exiſtenz, wie Inhalt gewinnen. Und dies zwar vor Allem inſofern, als durch die ſolenne Form des Rechtsgeſchäftes eine ſcharf markirte und unverrückbare Gränzmarke gegeben war, welche die rein conventionelle und aus Höflichkeit gegebene Zuſicherung oder die vage und allgemeine Zuſage oder die geſchäftliche Vor-

389) Vgl. hierüber Savigny, Syſtem § 130. Keller, Pand. § 57. Böldendorff, Form der Rechtsgeſch. Nördlingen 1857. Ihering, Geiſt des r. R. II, 504 fg.

verhandlung einerſeits von der ernſt und bindend gemeinten Willenserklärung andrerſeits ſchied. Und, wie der moderne Richter gerade dieſen Gewinn ſehr hoch veranſchlagen wird, ſo haben auch die alten Römer gerade auf dieſen Punkt den größten Werth gelegt, wie wir daraus entnehmen können, daß auch ebenſo in dem rein ſocialen, wie in dem ausnahmsweiſe ſolennen, juriſtiſchen Geſchäftsverkehre, ſomit ganz aus freien Stücken und ohne irgend welche Nöthigung die alten Römer theils ſolenne Formeln oder traditionelle Redewendungen oder wenigſtens eine ſcharf pointirte und markirte Wechſelrede in Anwendung brachten (§ 33. 37). Und von hier aus dürfen wir daher den erſten hiſtoriſchen Ausgang der ſolennen Form überhaupt erklären: in uralter Zeit (ſ. A. 240) machte das Streben ſich geltend, durch die Form der Rede beſonders zu bekunden, daß eine abgegebene Willenserklärung der Ausdruck einer ernſtlich gemeinten Willensbeſtimmung und ſomit von höherer Bedeutung und Kraft ſei, als eine conventionelle Zuſage oder vorberedende Erklärung; und aus dieſer Tendenz entwickelte ſich ſo zunächſt eine geſchäftliche Redeform, wie ſolche z. B. bei Plaut. Capt. II, 2, 101 fg. (ſ. § 33), Merc. II, 4, 22 (ſ. § 37) ſich findet, ſodann eine geſchäftliche Kunſtſprache, welche traditioneller Stichworte ſich bediente, wie spondeo, aio (meum esse), dico (dotem) und dergl., und endlich ſodann die ſolenne Form des Rechtsactes [390]).

Nicht minder vermittelt aber auch die ſolenne Form jene Gewißheit dadurch, daß ſie nöthigt, die Willenserklärung in eine höchſt präciſe und exacte, beſtimmte und unzweideutige, ſonach Mißverſtändniſſe ausſchließende Ausdrucksweiſe zu kleiden, indem der Handelnde genöthigt war, ebenſo des Wortes überhaupt als Kundgebung ſeiner Willensbeſtimmung ſich zu bedienen, als auch in dem diſpoſitiven Theile ſeiner Rede ſich kurz und exact zu faſſen, um ſo dem abſolut gegebenen Theile der Rede ſyntaktiſch ſich zu accommodiren (§ 2), überdem aber auch bei zweiſeitigen Rechtsgeſchäften correſpondirender Worte ſich zu bedienen (§ 3). Dieſer Schutz gegen Zweideutigkeit und

390) Vgl. Beil. XIX § VII unter I. Vgl. auch Savigny, Obl. Rt. II, 218.

Unklarheit der Willensbestimmung, der sonach in der solennen Form für den Contrahenten gegeben war, mußte aber einen um so höheren Werth haben, je größer die Gefahr war, die mit dem Processe für den Streitenden sich verband.

Sodann bei der Unbekanntschaft der großen Menge mit der Schreibkunst in ältester Zeit (Thl. II A. 256) wurde die dauernde Bekundung der Rechtsacte für den Todes- oder Streit-Fall bei mannichfachen Rechtsacten durch Solennitätszeugen gewonnen, auf deren Gedächtniß somit die Beglaubigung des Actes gestellt war. Hier aber mußte dem Gedächtnisse des Zeugen in irgend welcher Weise unterstützend zu Hülfe gekommen werden, und dafür nun diente auf das Trefflichste jenes Mittel, den Act in typische und zugleich kurze und bündige, wie prägnante Worte zu kleiden, ja selbst in seinem dispositiven Theile zu einem exacten Ausdrucke zu nöthigen, überdem aber auch das liberatorische, accessorische und cumulative Rechtsgeschäft in correspondirende Worte zu kleiden (§ 4).

Endlich ward durch den rigor jene Zweifellosigkeit des Rechtsactes auch für die richterliche Cognition gewonnen, einestheils ist die Aeußerungsweise der Willensbestimmung, mit welcher der Richter es zu thun hat, eine einzige: das Wort, in welchem die Willensbestimmung in erschöpfender Vollständigkeit juristisch ausgeprägt ist, während Alles, was daneben steht oder darüber hinaus liegt, juristisch ohne Werth und Relevanz ist; und sodann verkörpert dieses Wort die Willensbestimmung ebenso zur klarsten und deutlichsten Sinnenwahrnehmung: durch das Ohr, wie zur sichersten und unzweideutigsten Wahrnehmung: indem das Wort der unmittelbarste Träger und Repräsentant des Gedankens ist, zugleich aber auch lediglich nach seinem allgemein sprachlichen Denkwerthe in Betracht kommt. Denn so nun wird von Vorn herein jene Parteidiscussion abgeschnitten, deren Entscheidung für jeden Richter mit so großen Schwierigkeiten verbunden ist, dem ungelehrten Richter aber des römischen Civilprocesses gar nicht zuzumuthen war, die Erörterung der Frage nämlich nach der nicht in directen Worten verlautbarten, aber maaßgebenden concreten Willensbestimmung der Contrahenten, eine Frage, die den Beurtheilenden in das Innenleben des Dritten und in das Gebiet des Psychologischen

hinüberleitet (§ 27). Vielmehr wurden alle derartige Fragen durch das Princip des rigor abgeschnitten, der ein deutlich Erkennbares und sinnlich Wahrnehmbares als dasjenige hinstellte, wonach der Richter so Befugniß, wie Verbindlichkeit in Existenz und Inhalt und Umfang bemaß: das Wort (§ 9 unter 2. § 10 unter a. b).

In Folge dessen aber bietet der rigor einen Factor, mit welchem im Leben mit der größtmöglichen Sicherheit sich rechnen und operiren läßt: denn mit Hülfe der lexicalischen und grammatischen Gesetze der Sprache läßt sich mit Sicherheit ein Urtheil über die einem Rechtsacte zukommende Auffassung abgeben im Gegensatze namentlich zu der Subjectivität der Auffassung, welcher ein weiter Spielraum von der aequitas eingeräumt wird (§ 9 unter 3. 4. § 10 unter a. § 11).

Diesen so hervorragenden Vortheilen des rigor standen nun allerdings mehrfache Nachtheile gegenüber, und zwar zunächst, daß dadurch ein Jeder, der nicht eine genaue Kenntniß der Rechtsformeln und die zur correctesten und erschöpfenden Willensbekundung befähigende Bildung besitzt, für den legalen Abschluß und die zureichende Willenserklärung der Rechtsgeschäfte, ebenso wie für den Proceß auf den Beirath von Formel-, wie Ausdrucks-Kundigen (cautores) angewiesen war (§ 22 unter b. c. § 24 unter c), daher denn nun auch im alten Rom das cavere ein wichtiges Stück der Thätigkeit des Rechtskundigen bildete [391]). Allein für die Befriedigung dieses Bedürfnisses war doch auch wieder ausreichend gesorgt, indem die patroni und die pontifices, wie später auch die publice respondentes mit ihrem Beirathe dem Unkundigen zur Seite standen.

Sodann ist bezüglich des rigor anzuerkennen, daß derselbe für einen regen und schwunghaften, raschen und ausgedehnten Geschäftsverkehr im Allgemeinen zu lästig, zu beschwerend und hemmend ist: allein abgesehen davon, daß dieser Vorwurf bereits das Stipulationsrecht nicht mehr trifft, so begann auch in der That der Verfall des rigor von dem Momente an, wo zu Rom ein derartiger Geschäftsverkehr sich entwickelte (§ 53).

---

391) Plaut. Epid. II, 2, 107. Cic. de Orat. I, 48, 212. de Leg. I, 5, 17. de Off. II, 19, 65. Orat. 41, 141. 42, 143. vgl. A. 392.

Nicht minder bietet der rigor die Gelegenheit und Verſuchung, bei Streitigkeiten zur dialektiſchen und ſophiſtiſchen Ausbeutung der Rede und zur rabuliſtiſchen Wortſpalterei Zuflucht zu nehmen: allein inſoweit ſolches Verfahren nicht dem nachſtehenden Geſichtspunkte der captio unterfiel, ward daſſelbe erſt in dem folgendem Zeitabſchnitte gefährlich, wo die Römer mit den dialektiſchen Kunſtſtücken der griechiſchen Sophiſten und Stoiker bekannt geworden waren und ſolche reproducirten (§ 53), während die gegenwärtige Periode von derartigen Kunſtfertigkeiten Nichts wußte.

Endlich iſt auch der rigor das ganz eigentliche Gebiet für die captio. Das Wort nämlich, indem es gilt und herrſcht nicht in dem Sinne ſeines Autors, als vielmehr in ſeinem allgemein ſprachlichen oder lexicalen Sinne (§ 5), ſteht dem Redenden gegenüber gleich als ein körperliches Weſen, welches einerſeits ſelbſtſtändiger Träger eines abgegränzten Gedankenſtoffes iſt, wie aber auch zugleich der abſoluteſten Herrſchaft des Menſchen inſofern unterworfen iſt, als dieſer bei concreter Verwendung des Wortes deſſen als maaßgebend zu ſetzenden Denkgehalt auf das Genaueſte zu fixiren und zu begränzen vermag theils durch die Wahl der übrigen, mit Jenem zur ſprachlichen Periode verknüpften Worte, theils durch correcte Beobachtung der grammatiſchen Geſetze der Sprache. Allein ſolche vollkommene Beherrſchung des Wortes gelingt in Wirklichkeit nur dem Beſonnenen und Einſichtigen: nur derjenige, der bei der Rede ſich voll und umfaſſend bewußt wird der ganzen Gedankenfülle, deren Träger das Wort iſt, vermag die wahre Herrſchaft über ſolches zu üben. Und ſo daher ſteht der Redende zu dem Worte gleich dem Zauberlehrlinge Göthe's gegenüber ſeinem Werkzeug: einmal gelöſt und entbunden folgt das Wort den eigenen, ihm immanenten Geſetzen und ſtellt ſich hiermit ebenſowohl unabhängig von ſeinem Autor, wie es auch den Ungeſchickten oder Unbeſonnenen oder Unklugen ſchädigt, der es entband, ohne bei einer Mehrdeutigkeit ſeines Sinnes durch ſorgliche Beobachtung der Sprachgeſetze ſeine maaßgebende Sphäre abgegränzt zu haben. Denn ſolches Wort entwindet ſich gleich der Schlange der Hand des Ungeſchickten und wendet gegen dieſen ſelbſt ſich zurück, ihn zu täuſchen und

zu verletzen, wie es andrerſeits aber auch in der Hand des Ueberlegenen und Klugen zur Waffe ſich geſtaltet, den Argloſen und Kurzſichtigen zu verletzen. Und ſo nun kann die Schädigung Jemandes durch das Mittel des mehrdeutigen Wortes auf zwiefachem Wege ſich vollziehen: theils indem der Redende dem Anderen gegenüber liſtig und wohlbedacht eines mehrdeutigen Wortes ſich bedient, welches der Letztere arglos und unbedachtſam hinnimmt und eine Bedeutung deſſelben unerwogen laſſend, die der Redende ſelbſt als die maaßgebende zu ſeinem Nutzen ſpäter geltend macht; theils aber auch indem der Gegenpart des Redenden zu eigenem Gunſten von der Mehrdeutigkeit der Rede des Anderen Gebrauch macht (ſ. z. B. in § 5 und A. 474). Und Beides nun iſt es, was die Römer unter captio, captiosum, captare, capere im beſonderen Sinne des Wortes begreifen, als der Ueberliſtung und Uebervortheilung des Anderen durch eigennützige Ausbeutung einer mehrdeutigen und ungenügend beſtimmten, inſofern aber verfänglichen Rede, ſei ſolche Rede nun die eigene oder die des Gegenparts[392]).

---

392) Lex Rubria lin. 42 fg.: ea nomina — — includantur, concipiantur, quae includei, concipei sine dolo malo oportet, nequid ei, quei de ea re aget petetve, captionei ob eam rem aut eo nomine esse possit. Att. Philoct. bei Non. 512, 12 (p. 175 Ribb.): contra est eundum cautim et captandum mihi; Varr. Sent. 28 (p. 266 Riese): captiosus de verbis disputator; Plaut. Capt. II, 2, 6: etiam quom cavisse ratus est, saepe is cautor captus est; Epid. III, 2, 28: quoi emeret, caveat; — — ipse cautor captust; Amph. I, 1, 269. Asin. IV, 1, 45. Epid. II, 2, 112. V, 2, 36. Men. IV, 2, 83. Most. III, 3, 18. V, 2, 23. Truc. II, 7, 65. Cic. p. Rosc. Com. 17, 52. p. Quinct. 16, 53. Acad. prior. 20, 66. de Amic. 26, 99. de Orat. I, 38, 174. Part. Or. 3[illegible], 138. ad Att. X, 15, 2. XV, 17. Vitr. I, 1, 10. Verg. Aen. II, 196. Ov. Her. II, 74. Javol. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIV, 2, 39. pr.), Ulp. 18 ad Ed. (D. XIX, 1, 34), Paul. Sent. rec. V, 33, 2. Eine beſondere Beziehung zu dem rigor tritt hervor bei Plaut. Ep. V, 2, 36 wozu vgl. Beil. XVII § VI. Cic. Brut. 53, 198. de Inv. II, 45, 134. p. Caec. 14, 40. (ſ. § 21 unter 3), Pap. 1 Def. (D. II, 15, 5), Paul. 4 Epit. Alf. (D. X, 4, 19): non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. Insbeſondere aber werden als captiones die Sophismen und Trugſchlüſſe: der Sorites, die epagoge dialectica, die κυριεύοντες und ἡσυχάζοντες bezeichnet, ſo Cic. Acad. prior. 14, 45. 15, 46. 16, 49. 29, 94. de Divin. II, 17, 41. de Fin. I,

Und ſolche captio mußte nun die gegenwärtige Periode in Wahrheit als ein innerhalb der Sphäre des rigor durchaus erlaubtes und in keiner Weiſe unehrenhaftes Verfahren anſehen, ja als dolus bonus würdigen[393]. Allein gegen die Gefahren ſolcher captio mußte die Klugheit ſchützen oder im Nothfalle das cavere und der Beirath des kundigen cautor, der dem Unerfahrenen zur Seite ſtand (A. 391).

Stellen wir aber dieſen eigenthümlichen Vorzügen, wie Schwächen des rigor die aequitas vergleichend gegenüber, ſo beruht deren Vorzug gegenüber dem Erſteren in zwei Momenten, und zwar vor Allem darauf, in der juriſtiſchen Willensaction demjenigen Elemente derſelben den Vorrang einzuräumen, welchem die Reflexion ganz unbedingt den höheren Eigenwerth zuzuerkennen hat; denn indem in dem Gegenſatze der beiden Elemente: der Willensbeſtimmung und der Willensäußerung die Erſtere, als der Denkgehalt, das geiſtige Element im juriſtiſchen Wollen vertritt, während die Letztere, als die Aeußerungsform des Gedankens nur deſſen Träger oder Körper iſt, ſo wird auf Grund dieſer Prämiſſen die Reflexion der Willensbeſtimmung einen höheren Eigenwerth beimeſſen, ſomit

---

7, 22. II, 6, 17. de Fat. 13, 30. Tull. Tiro bei Gell. VI, 3, 34. 35. Sen. Ep. 45, 8. 82, 23. vgl. 9. 21. Gell. I, 2, 4. V, 10, 11. 16. XVIII, 13, 2. 3. 5. 6. Doch tritt bereits bei Cic. p. Rosc. Com. 10, 29. ad Att. V, 4, 4 der verallgemeinerte Begriff von Benachtheiligung auf. Bei den Juriſten hat captio meiſt den Sinn von Benachtheiligung durch Anwendung eines Rechtsſatzes, ſo bei Lab. in Ulp. 66 ad Ed. (D. XLII, 8, 6. § 10): captiosum, opp.: lucrosum; Javol. 7 Epist. (D. L, 17, 200): captio, oppos: minimum iniquitatis; Cels. bei Ulp. 22 ad Ed. (D. XI, 1, 11. § 12), Nerat. 7 Membr. (D. XLI, 3, 41), Vivian. in Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 5), Jul. 88 Dig. (D. XLV, 1, 59), Pomp. 19 ad Sab. (D. IX, 2, 43), Gai. 7 ad Ed. prov. (D. XXIX, 3, 7), Ulp. 11, 22, 23 ad Ed. (D. IV, 1, 1. IV, 4, 1. pr. XII, 2, 9. § 4. IX, 3, 5. § 2. L, 5, 13. § 3), 2 de Off. Cons. (D. XXII, 3, 14), Paul. 5 Quaest. (D. XVIII, 5, 7. § 1), Not. ad Pap. 5 Quaest. (D. XLVI, 5, 8), Constant. im C. Th. III, 2, 1.

393) Analog iſt das von den alten Römern in Kriegsangelegenheiten angewandte Verfahren, durch die mannichfachſten Kunſtgriffe den Gegner in die Lage zu verſetzen, daß ihn der Vorwurf des bellum iniustum impiumque und die damit verbundene Gegnerſchaft der Götter traf (ſ. Oſenbrüggen, de iur. bell. 22); auch dies iſt ein derartiger dolus bonus.

aber lediglich durch dasjenige Princip voll und wahr ſich befriedigt fühlen, welches Jener, als dem Kinde des Geiſtes den Vorrang vor dem Sprößling der Lippe einräumt (§ 9 unter a. b. d). Und ſodann kommt der aequitas der Vorzug zu, in höherem Maaße die Individualität des Wollenden zu wahren: indem die freieſte Wahl der Form für die Willensäußerung dem Handelnden eingeräumt wird und indem, in Bezug auf das Wort insbeſondere, nicht bloß deſſen freie Wahl dem Redenden zugeſtanden, ſondern auch deſſen Sinn in ſteter und ungelöſter Abhängigkeit von dem dabei leitenden Gedanken des Redenden belaſſen wird, ſo wird auch der erklärte Wille durchaus nur aus dem eigenſten Inneren des Wollenden, aus ſeinem geiſtigen Ich heraus bemeſſen und beurtheilt und damit dieſem Ich der entſcheidendſte Einfluß bei der Frage nach dem Denkwerthe der Willenserklärung geſichert.

Allein während beide Argumente lediglich einen theoretiſchen, nicht aber einen praktiſchen Werth haben und lediglich ein Bedürfniß der Reflexion befriedigen, nicht aber als Utilitätsrückſichten in den Lebensverkehr unmittelbar eingreifen, ſo ſteht andrerſeits denſelben als grelle Schattenſeite der aequitas gegenüber, daß, indem dieſelbe der Willensbeſtimmung das Uebergewicht gegenüber der Willenserklärung zuerkennt und ſo nun den Schwerpunkt des juriſtiſchen Willens in die pſychiſche und rein interne Willensaction verlegt, damit im Differenzfalle zwiſchen Willen und Erklärung das Urtheil hierüber an einen rein internen und überſinnlichen Vorgang gewieſen iſt, hierin aber eine Anforderung an daſſelbe geſtellt wird, deren correcte und exacte Löſung von den zufälligſten begleitenden Umſtänden bedingt, regelmäßig aber ganz unmöglich iſt (§ 27), daher denn nun auch die römiſche Theorie genöthigt war, dem Principe der aequitas durch gewiſſe praktiſche Sätze zu Hülfe zu kommen, welche ſelbſt von dem Standpunkte des Princips aus als die ärgſten Willkürlichkeiten, ja als Inconſequenzen nnd Widerſprüche ſich kennzeichnen (§ 28).

Und hierzu geſellt ſich noch ein eigenthümliches hiſtoriſches Bedenken: das claſſiſche Alterthum erblickte in der Interpretation ex mente legis nicht, wie wir, die einfache wiſſenſchaftliche Explicirung eines, wenn auch in verborgenem und gebundenem

Zuſtande, ſo doch in Wahrheit bereits gegebenen Rechtes, als vielmehr den Act ächter Rechtsſchaffung, wodurch ein ganz neuer Satz gewonnen und als Recht geſetzt wurde (Thl. I, 61); und dieſe vermeintliche legislatoriſche Thätigkeit der Wiſſenſchaft mußte immerhin ein gewiſſes Bedenken, ja auf manchen Seiten wohl Anſtoß erregen (§ 9 unter b. c).

Alle dieſe Momente aber ergeben, daß dem rigor, trotz ſeiner reflexiven Geringwerthigkeit der aequitas gegenüber doch ein bedeutend höherer Werth für das praktiſche Bedürfniß des Lebensverkehres zukommt, gerade dieſer Umſtand aber es vollkommen erklärlich erſcheinen läßt, wenn die älteſte Culturperiode Roms den rigor als das Zuſagendere für das Recht annahm und zur ausſchließlichen Herrſchaft berief.

§ 45.

Hiſtoriſche Parallelen.

Die nach Maaßgabe von § 44 ſo werthvolle hiſtoriſche Parallele bietet zunächſt der ältere germaniſche Proceß, für welchen von Siegel „die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang" in Sitzungsberichten der phil.-hiſt. Claſſe der kaiſ. Akad. d. Wiſſenſch. LI, 120 fg.[394]) die folgenden dem römiſchen rigor entſprechenden Sätze dargelegt worden ſind:

„Die nächſte Folge der Wortinterpretation war die, daß zum Nachtheil des Redners das als geſagt galt und dem Urtheile zu Grunde gelegt wurde, was den Worten entſprach, nicht was in ſeinem Sinn und ſeiner Abſicht gelegen war. Die nächſte Folge eines Formfehlers aber war die Ungültigkeit oder Nichtigkeit der betreffenden Erklärung oder Handlung (S. 124).

Bei den einfachen Erklärungen — und in ſolchen äußerten ſich regelmäßig die Parteien — ſpielte in hervorragender Weiſe das Wort eine gefährliche Rolle. Die Rolle ſelbſt aber war wieder eine verſchiedene.

Handelte es ſich um grundlegende Erklärungen im Rechtsgang, wie die Klage oder Berufung auf Zeugen, ſo entſchied

394) Vgl. Siegel, die Erholung und Wandelung im gerichtlichen Verfahren in den cit. Sitzungsber. XLII, 201 fg

das Wort und nicht der Sinn. Die aus den Worten ſich ergebenden Folgerungen konnten von dem Gegner geltend gemacht werden, ohne zu fragen, ob ſie in der Abſicht des Redners gelegen waren, ja ſelbſt wenn ſie mit ſeinem Willen in offenbarem Widerſpruche ſtanden (S. 126).

Für eine Reihe von Erklärungen gab es herkömmliche Formeln, welche aus beſtimmten, in gewiſſer Ordnung mit einander verbundenen Worten zuſammengeſetzt waren. Hier machte ein Verſtoß wider die Ordnung, die Aenderung eines Wortes, der Zuſatz oder die Auslaſſung eines ſolchen die Erklärung nichtig (S. 128).

Bei bezüglichen Erklärungen d. h. bei ſolchen, welche auf vorausgegangene ſich bezogen, wurde ſodann noch außer der unverſehrten Formel eine genaue Uebereinſtimmung mit letzteren in den Worten bis auf die Silben herab verlangt. Jede Diſſonanz begründete einen Fehler, und machte die Erklärung nichtig. Wie der Kläger geſprochen, ſo mußte, um dem ſtrengen Rechte zu genügen, der Beklagte antworten, entſprechend der Antwort mußte ferner der Eid lauten und wie letzterer von dem Staber vorgeſagt worden, ſo mußte er von dem Schwörenden nachgeſprochen werden (S. 130).

Selbſt der Gebrauch der rechten Worte war indeß noch nicht genügend. Außer dem, was einer ſprach, kam es noch darauf an, wie er ſprach.

Laut und deutlich oder hell und rund, feſt und fließend mußte eine jede Erklärung gegeben werden, nicht etwa wie man glauben könnte bloß diejenige, welche zum Zwecke der Vertheidigung diente. Ein Stottern und Stammeln, wobei Silben verſchluckt wurden und dann wieder in polternder Rede Worte ſich überſtürzten, ein Zittern und Beben der Stimme oder gedämpfter hohler Klang derſelben, ja ſogar eine Unterbrechung durch Räuſpern und Huſten, kurz was nur einer dem Andern ablauſchte, machte die Erklärung nichtig.

Sodann durfte die Ausſprache der Silben keine außergewöhnliche, unherkömmliche ſein; ein anderer Ton, ein fremdartiger Klang begründete einen Formfehler (S. 131).

Wenn endlich mit Erklärungen Handlungen verbunden waren, wenn die Hand den Mund begleitete, wie dies nament-

lich beim Schwure der Fall war, so traten zu den bereits besprochenen Gefahren noch neue hinzu; denn auch die Handlungen unterlagen dem strengen Rechte, der peinlichsten und förmlichsten Beurtheilung (S. 134)."

Und gleiche Sätze entwickelt für den älteren d. h. bis in das 13. Jahrhundert geltenden französischen Proceß Brunner, „Wort und Form im altfranzösischen Proceß" in den citirten Sitzungsberichten LVII, 655 fg.:

„Nach altfranzösischem Rechtsgang sollen die Dingleute das Urtheil nur auf Grund der Worte fällen, welche die Streittheile in ihrer Verhandlung vor Gericht gesprochen haben (S. 661).

Mit der Verhandlungsmaxime an sich wäre es nicht unvereinbar, daß das Gericht bei Auslegung der von den Parteien gesprochenen Worte einen gewissen Spielraum hätte, daß ihm gestattet wäre, auf den inneren Zusammenhang der Rede und auf die Natur des Streitfalles Rücksicht zu nehmen. — — Eine derartige Ergänzung des gesprochenen Wortes war nach altfranzösischem Rechtsgang den Dingleuten nicht erlaubt. Sie urtheilten stricte nach dem Wortlaut der Parteirede; für sie galt nur das, was gesagt war, nicht aber das, was die Partei sagen wollte und vernünftiger Weise auch nur zu sagen die Absicht haben konnte (S. 666 fg.).

Unter den Worten, welche die Parteien vor Gericht sprechen, sind die schlichten oder ungebundenen und die formellen oder gebundenen Worte zu unterscheiden, je nachdem der Redner sich in freier Conception ergehen darf oder bestimmte herkömmliche Schlagworte und Formeln zu beobachten hat. Bei jenen steht die Partei unter der Herrschaft der Wort-Interpretation, bei diesen unter dem rechtlichen Zwange der Form, der sich bei gewissen Acten des Processes dahin steigert, daß die formellen Worte von formellen Handlungen begleitet werden müssen (S. 667).

Wer — — zu seinen Ungunsten sich versprach oder missesprach — —, im Worte fehlte — —, eine unkluge und voreilige Erklärung abgab — —, konnte das Gesagte nicht widerrufen, nicht verbessern, nicht ergänzen, nichts hinwegnehmen — —. Der Gegner und in gewissen Fällen der Richter

konnten ihn beim Worte nehmen und die fehlerhafte Erklärung — — zu ihrem Vortheil geltend machen (S. 672 fg.).

Wenn Ausdruck und Absicht des Redenden sich nicht decken, so gilt, was gesagt, aber nicht gewollt, oder nicht in dem Umfang gewollt wurde. Andererseits gilt nicht, was gewollt, aber nicht ausdrücklich gesagt worden ist. Das Wort allein entscheidet, auch wenn die Dingleute und der Gegner mit Bestimmtheit entnehmen können, daß und in wiefern das Gesagte nicht der Ausdruck des Gewollten ist (S. 687).

Wurde an Stelle des wahren Namens ein anderer gesetzt oder der Name unrichtig, sei es auch nur mit unscheinbarer Aenderung der üblichen Form ausgesprochen, so war die betreffende Rede wirkungslos; der Kläger wurde mit der Klage abgewiesen, mochte es auch für den Gegner und die Dingleute aus den sonstigen Umständen noch so klar hervorgehen, wer in Wahrheit damit gemeint sei. Was von der Klage gilt, gilt überhaupt von allen Proceßreden, in welchen Namen zu nennen waren. Gemildert war das strenge Recht, wo man die Folgen des Irrthums im Namen dadurch ausschließen konnte, daß man der Benennung des Gegners die Clausel beifügte: Sollte er sich aber anders nennen, so will ich darum mein Recht nicht verloren haben, oder auch: Wegen des Namens und Beinamens soll mir kein Schaden erwachsen (S. 688 vgl. S. 743 unter 4)."

Alle diese Sätze aber bekunden auf das Treueste die Herrschaft des Princips des rigor mit allen seinen einzelnen Positionen während einer ähnlichen Culturperiode auch bei anderen Völkern, als bei den Römern.

Zweiter Abschnitt.

Die historische Ausprägung der Principien von der Mitte des sechsten Jahrhunderts bis zum Zeitalter Cicero's.

§ 46.

Historische Stellung im Allgemeinen der Principien.

Innerhalb des hier betrachteten Zeitraumes tritt der Gegensatz des unsolennen und solennen Rechtsactes in das Gebiet

des Rechtes ſelbſt hinein; während bisher das Letztere, abgeſehen von drei ganz iſolirten Ausnahmen: der pactio legitima, der divisio patrisfamilias inter suos und dem unſolennen Eheabſchluſſe, keine unſolennen Geſchäfte kannte (§ 32), vielmehr die Letzteren lediglich auf dem Boden der mores ſich bewegten, ſo treten jetzt auch in dem Rechtsgebiete derartige unformale Acte auf: zuerſt in gewiſſen, in iure ſich vollziehenden Acten des Proceſſes der lex Aebutia, in der mutui datio und den Conſenſualcontracten des ius gentium, ſowie in der Tradition als Eigenthumserwerbmodus. In Folge deſſen verſchiebt ſich daher die urſprüngliche hiſtoriſche Ordnung der Gegenſätze: jene Geſetze, welche in dem erſten Zeitraume ausſchließlich für das einfache Lebensgeſchäft und innerhalb der Sphäre der mores galten, gewinnen nun auf Rechtsacte Anwendung und damit Eingang in das Recht ſelbſt.

Dies aber iſt der Fall zunächſt hinſichtlich der erſten Poſition (§ 1), wo nun die Gegenſätze dahin ſich zuſpitzen: nur gewiſſe Rechtsacte beruhen auf dictum, verbum oder dergl. oder, wie dieſe Zeit nun auch ſagt, auf scriptum, dagegen andere Rechtsacte ſind unſolenn und beruhen ſomit auf actum, res oder dergl.

Und im Gefolge dieſer erſten Poſition tritt zugleich die zweite Poſition (§ 1) mit in das Recht hinein und gewinnt hier die Ausprägung: für den ſolennen Rechtsact und zwar für dieſen allein iſt deſſen ſolenne Form: das verbum das rechtsverbindliche Element; für den unſolennen Rechtsact dagegen iſt die kundgegebene Willensbeſtimmung: die voluntas oder reſp. der consensus, das rechtsverbindliche Element.

Dieſe Thatſache des Eintrittes der aequitas in das ius reflectirt auch in der veränderten Stellung der fides zur iustitia: während in dem erſten Zeitraume die fides als das der aequitas d. i. dem Principe der voluntas entſprechende Verhalten in einem ausſchließenden und ſondernden Gegenſatze zu der iustitia ſteht, als dem dem rigor d. i. dem Principe des verbum entſprechenden Verhalten (§ 31), ſo erhebt ſich nun jetzt die fides zu einem Elemente der iustitia: in gewiſſen, der aequitas unterfallenden Rechtsverhältniſſen von dem Rechte ſelbſt als

pflichtgemäßes Verhalten erfordert und damit zur besonderen Beziehung der iustitia erhoben:

Cic. de Off. I, 5, 14: iustitia versatur in tuendo suum cuique et rerum contractarum fide; 7, 23: fundamentum autem iustitiae est fides id est dictorum conventorumque constantia et veritas, wozu vgl. 13, 39. Part. Or. 22, 78: iustitia — erga parentes pietas, creditis in rebus fides — nominatur; vgl. de Off. II, 8, 33. 34 [395]).

Sext. Caec. bei Gell. XX, 1, 41: fidem maiores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt maximeque in pecuniae mutuaticae usu atque commercio [396]).

Jene beiden entgegengesetzten Principien stehen aber anfänglich innerhalb des Rechtes in dem Verhältnisse zweier selbstständiger Potenzen, welche friedlich neben einander walten, ohne sich zu kreuzen oder auf einander zu stoßen, indem jede ihr selbsteigenes, scharf abgegränztes und gegen das andere streng abgeschlossenes Rechtsgebiet beherrscht: der rigor über die solennen Rechtsacte, die aequitas dagegen über den unsolennen Rechtsact, wie auch über das den mores anheimfallende einfache Lebensgeschäft. Es entspricht daher solche Stellung beider Principien genau jener Stellung des ius civile und ius gentium, wie wir solche als die anfängliche in Thl. II § 86 darlegten, ja in den wichtigsten Beziehungen und von dem Processe der lex Aebutia abgesehen decken sich sogar ius civile und rigor, wie ius gentium und aequitas. Allein gegen Ausgang dieser Periode wird, wie in der Sphäre von ius civile und ius gentium (Thl. II § 86), dieses friedliche Verhältniß gestört: die aequitas greift in ihrer zweiten Position auf das Gebiet des rigor über d. h. sie unternimmt es, obwohl nicht

---

395) Ein aus philosophischen Vordersätzen hervorgegangener, daneben auftretender Begriffs-Schematismus ist es, wenn Cic. de Off. § 33 fg. cit. wiederum die fides als ein Product der Vereinigung von prudentia und iustitia erklärt.

396) Dasselbe tritt ganz markirt auch darin zu Tage, daß man das fidem sequi für einen Wechselbegriff von credere erklärte: Veil. XVIII. 1. 6.

ohne lebhaften Widerſpruch, auch bei dem ſolennen Rechtsgeſchäfte die Willensbeſtimmung für deſſen rechtsverbindliches Element gegenüber dem verbum zu erklären (§ 50).

Sodann vollziellt ſich gegen Ausgang dieſes Zeitraumes eine höchſt bemerkenswerthe Umwandlung in der Auffaſſung und Bezeichnung der obigen beiden Principien: während in dem erſten Zeitraum das Princip der voluntas zwar hiſtoriſch ausgeprägt war, dabei aber nicht der Anerkennung und Benennung als aequitas theilhaft wurde, indem dieſe Letztere durchaus nur das Princip der ungerechtfertigten Bereicherung umfaßte (§ 31), ſo gelangte nun im gegenwärtigen Zeitraume die Rechtsanſchauung zu der Erkenntniß, daß ein näherer Grad von Verwandtſchaft zwiſchen dem Principe der voluntas und jenem von Alters her der aequitas angehörigen Principe des damnum obwalte, und überwies nun in Folge deſſen jenes Erſtere neben dem Letzteren gleichfalls der aequitas; oder, mit anderen Worten, man verallgemeinerte jetzt den altüberlieferten Begriff der aequitas dahin, daß man dieſelbe zum allgemeinen Maaßſtabe des Angemeſſenen bei Beſtimmung und Bemeſſung obliegender Verbindlichkeiten erhob und ſomit als ein auf der Nationalanſchauung beruhendes Geſetz des äußeren Verhaltens, wie des Urtheiles über ſolches anerkannte. Und dieſe Umwandlung, welche begrifflich die römiſche aequitas unſerer Billigkeit gleichſtellt (Thl. I § 1. 4. 7) und namentlich von Cicero auf das Beſtimmteſte bekundet wird [397]), offenbart ſich nun auch darin, daß die fides, als das dem Principe der voluntas entſprechende Verhalten (§ 31) ſich umwandelt in eine bona fides d. i. dasjenige Verhalten, welches der von der römiſchen Nationalanſchauung getragenen aequitas im Allgemeinen entſpricht, und hierin nun auch auf die übrigen Principien der aequitas gleichmäßig ſich mit erſtreckt [398]).

---

397) S. § 21 unter 2, § 24 unter d und ſo auch Plant. Cist. IV, 2, 94: aequom est tenere per fidem, quod creditum est, indem hier die fides das dem Principe der voluntas entſprechende Verhalten iſt (§ 31).

398) Einen hübſchen Beleg, wie bona fides an die Stelle von fides tritt, bietet Sen. Contr. I. praef. 3: diu ab illo nihil repetivi: solebat bonae fidei esse: es blieb Alles ſeiner Gewiſſenhaftigkeit (ſ. Beil. XVIII § 3) anvertraut.

Daneben tritt ſodann die nicht minder bemerkenswerthe Thatſache hervor, daß die beiden Principien des verbum und der voluntas und zwar das Letztere unter der Bezeichnung aequitas in einem eminenten Sinne (Thl. I § 8) von der römiſchen Rhetorik in deren Syſtem eingeordnet und hier in einer Weiſe theoretiſch, wie praktiſch behandelt werden, welche durch ihre Vielſeitigkeit, wie Klarheit in Erfaſſung und Behandlung des Lehrſtoffes auf den erſten Blick auf das Aeußerſte überraſcht (§ 50).

Was endlich die dritte Poſition anbetrifft: einerſeits, daß die pſychiſche Beſchaffenheit der Willensbeſtimmung juriſtiſch ganz irrelevant iſt, und andrerſeits, daß die Einwirkung von vis, dolus oder error die Willensbeſtimmung fehlerhaft macht, ſo könnte es ſcheinen, als ob dieſer Poſition die prätoriſchen Rechtsordnungen angehörten, wodurch vis und dolus, obwohl noch nicht der error, mit Relevanz bekleidet werden, ja als ob darunter auch die bei Weitem ältere Rechtsordnung fiele, welche bei den bon. fid. actiones der vis, wie fraus Relevanz zuerkannte. Allein in § 52 werden wir darlegen, wie in allen dieſen Beziehungen ganz andere ſyſtematiſche Geſichtspunkte aufgenommen wurden, welche jene Rechtsordnungen von der Sphäre des hier betrachteten Princips während des gegenwärtigen Zeitabſchnittes noch vollſtändig ausſchließen.

Ein eigenthümlicher Characterzug endlich, der in der geſammten Sphäre des Principienſtreites innerhalb des Rechtes hervortritt, liegt darin, daß dieſer Streit nirgends an das in dem römiſchen Rechte ſo ſcharf markirte Centrum einer actio ſich anlehnt. Denn die proceſſualiſche Geltendmachung eines in der ſolennen Form des Rechtsactes begangenen Fehlers bedurfte keines eigenen Rechtsmittels: der Fehler wirkte ipso iure (§ 2) und ſomit annullirend und ward demnach proceſſualiſch zum Austrage gebracht als ein Incidenzpunkt des Proceſſes über denjenigen Rechtsanſpruch, welcher ſich auf den betreffenden Act als auf ſeinen Rechtsgrund ſtützte. Und ebenſo wenig bedurfte es innerhalb der zweiten Poſition: der Prävalenz je von verbum oder voluntas eines eigenen Rechtsmittels; denn indem dieſes Princip die verſtandesmäßige Auffaſſung des fremden Gedankens betrifft, wobei je verbum oder nuda voluntas als

verſchiedene Träger und Leiter ſolchen Gedankenſtoffes hingeſtellt werden, ſo geſtaltet ſich auch hiermit jene Principfrage ohne Weiteres zum Incidenzpunkte des Proceſſes in Bezug auf denjenigen Rechtsact, aus welchem als dem Rechtsgrunde der betreffende Anſpruch hergeleitet wird; und auch dieſe Incidenzfrage wird ipso iure geltend gemacht und vom Richter entſchieden. Und da nun endlich in Bezug auf die dritte Poſition die Relevanz oder Irrelevanz von vis oder dolus, wie bemerkt, ſich völlig abhebt von den beiden hier maaßgebenden centralen Gegenſätzen: des ſolennen und unſolennen Rechtsactes und ſomit auch inſoweit an die letzteren ein beſonderes Rechtsmittel ſich nicht anknüpft, ſo ſind nun in Wahrheit die hier betrachteten Principien von rigor und aequitas ohne eigenes Rechtsmittel geblieben, welches dieſelben geltend zu machen und durchzuführen berufen geweſen wäre. Und dieſer Thatbeſtand iſt denn nun auch der gleiche geblieben in allen ſpäteren Perioden.

§ 47.

Die Form der juriſtiſchen Willenserklärung bei dem Rechtsacte.

In der gegenwärtigen Periode vollzieht ſich zwar nicht, aber bereitet ſich vor eine ſehr einflußreiche Umwandlung der Form der Rechtsacte: der Uebergang von der nuncupativen zur documentalen Geſchäftsform. Dieſe Thatſache, ſowie die ſie vorbereitenden Vorgänge ſind jedoch keineswegs ſo aufzufaſſen, als ob ſolche Geſchäftsform aus dem Literalcontracte ſich entwickelt habe, als vielmehr dieſelbe ward, allerdings unterſtützt durch dieſes Rechtsinſtitut, ſelbſtſtändig aus dem großgriechiſchen und etwa auch latiniſchen Geſchäftsverkehre entlehnt[899]. Im römiſchen Rechtsverkehre aber hat dieſe Geſchäftsform während des gegenwärtigen Zeitraumes im Allgemeinen nicht eine theoretiſche, als vielmehr lediglich eine praktiſche Bedeutung: ſie iſt nicht ein weſentliches Element der Rechtsbeſtändigkeit, als vielmehr eine aus Utilitätsrückſichten frei gewählte Beglaubigung des Rechts-

899) Ueber die Stellung der documentalen Geſchäftsform im Griechiſchen ſ. Meier und Schömann, att. Proc. 495 fg. Ueber die griechiſchen Cultureinflüſſe auf Rom während der gegenwärtigen Periode ſ. Thl. II § 80.

ſchäftes, die namentlich für Stipulation und die Conſenſualcontracte ſehr dringend ſich anempfahl, weil dieſe der Solennitätszeugen entbehrten[400]). Während daher hierin die documentale Form keine rechtliche und weſentliche, ſondern nur eine proceſſualiſche Bedeutung hat, indem dieſelbe nicht an Stelle, ſondern nur als Begleiterin des nuncupativen Wortes auftritt und nicht ſolenne Rechtsform, als vielmehr nur proceſſualiſches Beweismittel iſt, ſo gewinnt doch dieſelbe bereits in dieſem Zeitraume[401]) jene Bedeutung des Weſentlichen und zwar theils ganz zu Anfang dieſer Periode in der formula der lex Aebutia: der ſchriftlichen Inſtruction des ius dicens an den iudex[402]), welche an Stelle der causae collectio des Legisactionenproceſſes tritt, theils ſeit der Mitte dieſer Periode in dem Teſtamente, inſofern der Prätor die Bon. Poss. secundum tabulas auch aus demjenigen Teſtamente ertheilt, bei welchem die Mancipations-Solennitäten mangeln[403]). Ja bereits in dem ſchriftlichen Mancipations-Teſtamente liegt ein theilweiſer Uebergang

---

400) Vgl. Bell. XVII § III. Documentirte Stipulation: Auct. ad Her. II, 9, 13. Cic. Part. Or. 37, 130. Top. 26, 96. p. Rosc. Com. 13, 37. p. Caec. 18, 51. Schriftliche pacta conventa: Cic. Part. Or. und p. Caec. citt., und ſo insbeſondere leges conductionis: Plaut. Asin. I, 3, 55 fg. IV, 1, 1 fg. Varr. RR. 1, 2, 17. Vitruv. I, 1, 10. Alfen. 3. 7. Dig. (D. XIX, 2, 30. § 3. fr. 29), Veteres bei Pap. 5 Quaest. (D. II, 14, 39). Daher ſtellt nun auch Cic. p. Mur. 9, 19 neben das respondere, agere und cavere das scribere als ein viertes Stück der Thätigkeit des Rechtskundigen.

401) Damit geht Hand in Hand die Einführung von Stimm-Täfelchen an Stelle der mündlichen Abſtimmung in den Comitien durch die lex Gabinia v. 615: Marquardt, r. Alterth. II, 3, 98.

402) Die verhältnißmäßig ſehr frühe Einführung ſolcher ſchriftlichen formula durch die lex Aebutia: im J. 513—517 (ſ. Bell. XXI A. 2) berechtigt zu der Annahme, daß die Römer jenes Stück des Proceßverfahrens aus dem latiniſchen Proceſſe entlehnten.

403) Die B. P. sec. tab. bekundet für 518 Sabin. bei Plin. H. N. VII, 5, 40 (und daraus Gell. III, 16, 23), wozu vgl. Pauly, Realenc. V, 1151. a. E.; für 677 und 691 Val. Max. VII, 7, 6. 7; ferner als edictum tralaticium Cic. in Verr. II, I, 41, 104. 45, 117. III, 7, 16. Top. 4, 18. 11, 50. de Inv. II, 21, 62. ad Fam. VII, 21 und dazu Huſchke, Studien 2 fg. Im Allgemeinen vgl. Fabricius, Bon. Poss. 121 fg. Huſchke in krit. Jahrb. 1839. 22 fg. Bachofen, ausgew. Lehren 264 fg.

von dem dictum zum scriptum, insoweit das Erstere durch das Letztere nicht einfach bekundet, als vielmehr theilweis ersetzt wird.

Was nun insbesondere den rigor anbetrifft, so nehmen wir zwar eine Abstumpfung der alten Formen in der Stipulation auf Dabisne? dabo wahr, insofern dieser ein selbstständiges, technisches Stichwort mangelt (Beil. XIX § VII unter V B 2), und ebenso scheint man, was die Aussprache des Rechtsactes betrifft, hierin auf das Erforderniß des Verständlichen zurückgegangen zu sein (§ 55), so daß man die Anforderung glatter und fließender Rede fallen ließ[404]; allein im Uebrigen wurden die Consequenzen des rigor noch in voller Strenge festgehalten, und so auch bei denjenigen solennen Rechtsacten, welche erst in dieser Periode neu geschaffen werden, wie z. B. die cognitoris datio und das Mancipationstestament in seiner jüngeren Gestalt mit der dreifachen solennen Formel der familiae mancipatio, der nuncupatio testamenti und der perhibitio testamenti[405]. Insbesondere sind daher ebenso die certa, solennia, civilia, legitima verba noch wesentliche Form der juristischen Willenserklärung, wie auch dieselben in getreuester Wiedergabe in Bezug auf das Einzelwort, wie auf Wort- und Satzfolge erfordert werden[406]. Und ebenso wird das Requisit der Consonanz der Worte bei zweiseitig solennen Rechtsgeschäften festgehalten, wenn auch, was die Stipulation betrifft, nur hinsichtlich des Stichwortes, wogegen hinsichtlich des dispositiven Theiles nicht erfordert wird, daß der promissor den gesammten, vom stipulator in Worte gekleideten Inhalt der Stipulation wiederhole[407]. Endlich das Erforderniß der Correspondenz der

---

404) Wenigstens tritt dieses Requisit in unseren Quellen nur noch bei den sacralrechtlichen Acten zu Tage: § 2, und wird insbesondere für den Legisactionenproceß weder von Cicero noch von Gaius erwähnt.

405) Die cognitoris datio ist solenn: Gai. IV, 83. 97. Ulp. 8 ad Ed. (fr. Vat. § 318, vgl. Keller, Civ.-Pr. A. 614), aber dem Legisactionenprocesse fremd: Gai. IV, 82. Ulp. 14 ad Ed. (D. L, 17, 123. pr.). Das älteste historische Zeugniß bietet das decret. collegii trib. pl. v. 600 (s. Pauly, Realencycl. I, 2, 2163) bei Val. Max. VI, 5, 4. — Mancipationstestament s. Bachofen, ausgew. Lehren, 255 fg.

406) Cic. p. Mur. 11, 25. de Orat. I, 55, 236. s. § 2.

407) S. die Beisp. von Stipulationen in A. 242 und bei Plaut. Capt.

form bei bezüglichen Rechtsgeschäften, welches bereits in dem ersten Zeitabschnitte bei der transscriptio a re in personam, der expromissio und delegatio nicht gewahrt blieb (§ 32), ward in dem gegenwärtigen Zeitraume anderweit durchbrochen, indem man die promissorische fideiussio bei jedweder Obligation zuließ (Beil. XIX A. 119).

Während somit die historischen Vorgänge, welche während dieser Periode sich vollziehen, insoweit eine durchaus untergeordnete Bedeutung heben, als sie die Herrschaft des rigor innerhalb seines altüberlieferten Gebietes im Wesentlichen unberührt lassen, so vollzieht sich nun auf Seiten der aequitas ein Vorgang, der von der folgereichsten Bedeutung für die gegenseitige Stellung der Principien, wie für deren gesammte historische Entwicklung ward, die Bildung nämlich des privatrechtlichen ius gentium der Römer mit seinen unsolennen Rechtsgeschäften, welche in dem sechsten Jahrhundert beginnt und mit dem Kaufs-Rechte in seinen mannichfachen Beziehungen eröffnet, woran sodann die Ausbildung der locatio conductio, societas und des mandatum als selbstständiger Contracte in successiver Folge sich anschließt, während gleichzeitig auch die Klage aus der mutui datio geschaffen wird (Beil. XXI). Und hierneben tritt dann noch zu Ausgang dieser Periode eine anderweite Geschäftsfigur in dem Eide, welchem ein juristischer und zwar klagerzeugender Effect, somit also die Bedeutung einer Contractsform bei der iurata promissio operarum liberti durch das Edict des Prätors P. Rutilius Rufus v. J. 646 beigelegt wird[408]). Allein dieser Eid, obwohl von Alters her nicht an Solenne, sondern lediglich an Worte überhaupt gebunden (§ 33), wird um dieses letzteren Momentes willen von der Rechtswissenschaft den Verbalcontracten, somit also den solennen Rechtsgeschäften überwiesen.

Alle diese Bildungen aber treten von vornherein durchaus nicht unvermittelt neben das ältere Recht, vielmehr finden sie

IV, 2. 118 fg. Pseud. I, 1, 115 fg. IV, 6, 16. Bacch. IV, 8, 41 fg.; sodann Cic. p. Caec. 8, 7: si quis, quod spopondit, qua in re verbo se obligavit uno. Ebenso J. Just. III, 19, 5: nec enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quae stipulator expresserit.

408) Huschke in Ztschr. f. Civilr. u. Proc. 1856. XIV, 19 fg.

in deſſen pacta legitima (§ 32) einen Anknüpfungspunkt, auf welchen ſich ſtützend jene Neubildung ſich vollzieht (Beil. XXI § XXIII). Indem aber bereits das pactum legitimum der XII Taf. dem Princip der aequitas unterfiel, ſo war daher für die emtio venditio und alle ſpäteren ihr gleichartigen Contracte ohne Weiteres die aequitas als theoretiſche Grundlage dadurch gewonnen, daß man jenen Vertrag von Anfang an für ein pactum erklärte und lediglich darin daſſelbe ganz anders als das pactum legitimum behandelte, daß man die emtio ebenſo als ein Obligation-begründendes, wie als ein klagbares Rechtsgeſchäft anerkannte. Insbeſondere aber war damit die principielle Conſequenz begründet, daß die unſolenne Willensäußerung die zureichende Form der juriſtiſchen Willenserklärung ergab. Dennoch aber tritt ſolcher Satz in der gegenwärtigen Periode noch mit einer gewiſſen Reſerve und noch nicht in ſeiner äußerſten Conſequenz zu Tage: denn gleichwie für das pactum legitimum zwar die unſolenne Willenserklärung als genügend galt, doch aber dabei ausdrückliche Willenserklärung vorausgeſetzt wurde (A. 230), ſo nun erkannte auch die gegenwärtige Periode eine ſtillſchweigende Willenserklärung ſelbſt bei den unſolennen Conſenſual- und Realcontracten noch nicht an:

Cic. p. Caec. 18, 53: voluntas — si tacitis nobis intelligi posset, verbis omnino non uteremur; quia non potest, verba reperta sunt, — — quae indicarent voluntatem[409].

§ 48.

Das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes.

Die zweite Poſition der beiden Principien, betreffend das rechtsverbindliche Element des Actes, folgt in ihrer hiſtoriſchen Ausprägung und Entwicklung der erſten Poſition (§ 47): während des vorhergehenden Zeitraumes galt, abgeſehen von

409) Vgl. A. 221. Damit iſt nicht widerſprechend der Satz, daß bei ausdrücklicher Willenserklärung gewiſſe Momente unausgeſprochen bleiben: § 21 unter c, § 22 unter a. Vgl. im Allgemeinen Thl. II § 80. Die Ausgänge der Theorie von der ſtillſchweigenden Willenserklärung ſ. Thl. I § 86.

dem unſolennen Ehevertrage, der divisio patrisfamilias inter suos und pactum legitimum, das dictum, nicht das actum als das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes, der ſelbſt darin dem rigor den geeignetſten Stützpunkt bot, daß er ſolenn und zwar in Worte gekleidet war; indem nun in der gegenwärtigen Periode in dem ius gentium eine Gruppe höchſt wichtiger an ſich unſolenner Geſchäfte in das Rechtsgebiet übertritt, ſo entziehen ſich dieſe von vornherein der Herrſchaft des rigor und erkennen nach wie vor nicht das dictum oder verbum, ſondern das actum oder die voluntas als ihr rechtsverbindliches Element an. Demgemäß aber hat, wie bemerkt, dieſe das rechtsverbindliche Element des Actes betreffende Poſition das gleiche Centrum und die gleiche Sphäre, wie jene erſtere, die Form der Willenserklärung betreffende Poſition, gegeben in dem Gegenſatze des juriſtiſch ſolennen und unſolennen Rechtsgeſchäftes: jenes dem rigor, dieſes ebenſo, wie das einfache Lebensgeſchäft, der aequitas untergeordnet.

Dieſe Gränzbeſtimmung erleidet nun zwar keine Ausnahme darin, daß die an ſich unſolennen Geſchäfte vielfach im Geſchäftsverkehre in ſolennen Worten verlautbart wurden (§ 33), wohl aber darin, daß von Alters her die Möglichkeit geboten war, wie geboten blieb, durch eine dem Texte des Rechtsactes inſerirte Clauſel ſolchen der Herrſchaft der voluntas zu unterwerfen (§ 5 a. E., § 13). Hiermit aber iſt wiederum verwandt, wenn auch nicht weſengleich, die doli mali clausula, indem deren Effect nicht ſoweit ſich erſtreckt, diejenige Stipulation, der ſie inſerirt iſt, in ihrer Totalität der Herrſchaft der aequitas zu unterſtellen, als vielmehr lediglich inſoweit, als nicht direct durch die Worte ſelbſt der Stipulation Recht und Pflicht der Contrahenten nach Inhalt und Umfang beſtimmt ſind (Beil. XIX § IV). Indem daher bei der doli mali clausula aequitas und rigor in die Herrſchaft über das Rechtsverhältniß ſich theilen, in der Weiſe, daß dem rigor die in Worten verlautbarte Vereinbarung, der aequitas dagegen das darüber Hinausliegende an Recht und Pflicht unterfällt, ſo iſt nun dieſe letztbezeichnete Sphäre des Rechtsgeſchäftes auch dem Principe der voluntas oder des actum unterworfen (Beil. XIX § IV unter cc). Jedoch iſt, was die fidepromissio insbeſondere mit ihrem zur Bedeu-

tung einer doli clausula erhobenen Beiſatze des „fides“ betrifft, von der Annahme auszugehen, daß in der erſten Zeit der Anerkennung jener Geſchäftsform als Contract dieſelbe nicht nach ſolcher Theorie von der doli mali clausula beurtheilt wurde, welche allein den nicht in Worte gekleideten Theil des Geſchäftes der aequitas unterſtellt, ſondern daß vielmehr dieſelbe dem Geſetze der in § 5 a. E. und § 13 aufgeführten Clauſeln folgte, das Geſchäft in ſeiner Totalität der aequitas zu unterſtellen: denn von Alters her iſt die fidepromissio lediglich ein einfaches Lebensgeſchäft, welches auf firmata fides geſtellt iſt (§ 38) und welches nun, auch nachdem es im 6. Jahrh. zum Rechtsgeſchäfte erhoben worden war (Beil. XIX § VII unter V, 2), ſolches Fundament bis dahin behauptete, wo in Folge des Auftretens noch anderer doli clausulae (Beil. XIX § IV) die Rechtswiſſenſchaft zur Aufſtellung einer eigenen Theorie über den Effect dieſer Clauſeln im Allgemeinen veranlaßt wurde.

Was nun insbeſondere den rigor anbetrifft, ſo tritt derſelbe, von den nurbezeichneten ausnahmeweiſen und auf Privatdiſpoſition zurückgehenden Einſchränkungen abgeſehen, mit ſeinem altüberlieferten Herrſchaftsgebiete in den gegenwärtigen Zeitraum ein, ebenſo den ſolennen Rechtsact, wie das privatrechtliche Geſetz beherrſchend. Allein wenn immer auch, was das privatrechtliche Geſetz betrifft, die diesfallſige Geltung des rigor bis gegen Ausgang dieſer Periode durchaus unbeſtritten, wie unbezweifelt war, ſo treten doch in dieſer Beziehung bereits frühzeitig Erſcheinungen hervor, die, durchaus auf dem in Thl. I § 4 dargelegten Sachverhalte beruhend und in dieſem auch ihre Erklärung findend, jene Geltung des rigor in ganz eigenthümlicher Weiſe modificiren. Einerſeits nämlich bereitet ſich vor und vollzieht ſich auch theilweiſe ebenſo wohl eine tiefgreifende Umgeſtaltung der wirthſchaftlichen und culturhiſtoriſchen Verhältniſſe des römiſchen Volkes, als auch eine Umwandlung der römiſchen Nationalanſchauung ſelbſt (Thl. II § 75. 81), während andrerſeits die Legislation dieſem Wechſel von Verhältniſſen und Anſchauungen nicht mit gleich beſchleunigtem Schritte zu folgen vermochte, oder geneigt war. Und ſodann würde eine ſtricte, gewiſſenhafte und durchaus conſequente Anwendung des rigor die in dieſer Zeit ſich entwickelnde Rechtswiſſenſchaft in ihrer

theoretiſchen Thätigkeit durchaus nur auf eine Exegeſe der gegebenen Geſetze beſchränkt haben, welche einzig und allein mit grammatiſchen, lexicaliſchen und ſprachgeſchichtlichen Momenten operiren konnte, ſo aber ebenſo dieſe Wiſſenſchaft zu einer äußerſt beſcheidenen und geiſtig unbefriedigenden Thätigkeit herabgedrückt, als auch dieſelbe der Möglichkeit beraubt haben würde, ihrer Seits in der Stellung des Rechtes gegenüber dem Volksleben und Volksgeiſte eine vermittelnde Wirkſamkeit zu entfalten, das beſchränkte und theilweiſe ſchon veraltende Recht fortzubilden, den Bedürfniſſen des neugeſtalteten Lebensverkehres anzupaſſen, vorhandene Lücken Hand in Hand mit der edictiven Thätigkeit der Prätoren zu ergänzen, im Allgemeinen aber eine Stagnation der Rechtsentwicklung abzuhalten und den zeitgemäßen Fortſchritt derſelben zu fördern. Und indem nun jene junge Rechtswiſſenſchaft, die Interpretatio mit jener beſcheidenen Thätigkeit der reinen Exegeſe ſich zu begnügen ſelbſt nicht geneigt war, ſo entſtand nun hiermit ein Conflict zwiſchen jenem Standpunkte des rigor mit ſeinen Anforderungen und zwiſchen dieſen weiterſtrebenden Tendenzen der Interpretatio, der nun hiſtoriſch in der Weiſe zur Löſung gelangt, daß die Interpretatio zwar theoretiſch den rigor als das maaßgebende Princip ihrer Operationen feſthält, praktiſch aber dieſes Princip ſo frei, ja äußerlich willkürlich handhabt, daß daſſelbe vielfach nur als Maske erſcheint, hinter welcher jene weitergehenden Tendenzen der Interpretatio ſich verwirklichen. Dieſem intereſſanten hiſtoriſchen Vorgang werden wir indeß in § 49 eine beſondere Darſtellung widmen.

Dahingegen für den ſolennen Rechtsact behauptet der rigor ſeine alte maaßgebende Stellung bis gegen Ausgang dieſer Periode, wo nun im Zuſammenhang mit der Theorie der Interpretation gewiſſe die aequitas vertretende Juriſten das actum, die voluntas oder den consensus für maaßgebend erklären[409a]).

409a) So bei lex mancipii Alfen. Var. bei Paul. 4 Epit. Alf. Var. Dig. (D. XVIII, 1, 40. § 1. 3) ſ. § 23; bei Stipulation: Trebat. bei Jav. 6 ex Post. Lab. (D. XXIV, 3, 66. § 2), Veteres in J. Just. III, 30, 3 und bei Modest. 5 Resp. (D. XIX, 1, 39) ſ. § 26 unter 2a; vgl. A. 455. 456.

Eine die Geltung des rigor beeinträchtigende Ausnahme trit jedoch darin auf, daß der ganz vereinzelt als Contractsform recipirte und als Verbalcontract anerkannte Eid (A. 408) doch der Herrschaft der aequitas unterstellt blieb, der er von Alters her als auf firmata fides stehend angehörte[410]).

Endlich am Ausgange dieser Periode tritt ganz plötzlich das tiefgreifendste und folgenreichste Ereigniß in der Geschichte der hier betrachteten Principien ein: durch Lehrsätze der griechischen Rhetorik getragen, gewinnt eine neue Theorie von der Interpretation zuerst in der römischen Rhetorik die Herrschaft, und sodann auch in der römischen Jurisprudenz eine Vertretung, wie in der Rechtspflege vereinzelte Anerkennung: die Theorie, welche dem rigor im Principe überhaupt alle und jede Anwendung abspricht, vielmehr auch den solennen Rechtsact, wie die das Privatrecht betreffenden Gesetze der aequitas unterstellt. Und indem nun hiermit in Wissenschaft, wie Rechtspflege eine Controverse wach gerufen wurde, welche in voller Vielseitigkeit und Breite in den Quellen hervortritt, so ist nun dieser Vorgang nach § 50 zur eingehenderen Darstellung zu verweisen. Zugleich wird aber auch wieder der Fall, wo die Willenserklärung bei einem Rechtsacte unter Lebenden durch dolus oder vis des Mitinteressenten zu dessen Gunsten beeinflußt ist, diesem Principienstreite entzogen und auf das Fundament einer gesetzgeberischen Regelung gestellt, indem solches Vorkommniß dem honorarischen Edicte mit seinen Rechtsmitteln wegen dolus und vis mit unterfiel (s. § 52).

Andrerseits die aequitas trat in das Recht herein mit einem von Alters her ererbten Herrschaftsgebiete, gegeben in dem an sich unsolennen Geschäfte, welches in der ältesten Zeit den mores sich einordnete und hier nun von der Volksanschauung auf die fides, als die dafür maaßgebende Richtschnur und Norm gestellt war (§ 36. 38). Und indem nun solches unsolenne Geschäft als Rechtsgeschäft recipirt wurde (§ 47), so erkannte man auch nach wie vor solche fides oder auch bona fides (A. 397) als das subjective Correlat der aequitas und als das maaßgebende

410) S. § 38 und insbesondere Cic. de Off. III, 29, 107: quod — ita iuratum est, ut mens conciperet fieri oportere, id servandum est; quod aliter, id si non feceris, nullum periurium est.

Regulativ für dieſes Rechtsgeſchäft an, eine Thatſache, die ebenſo in der veränderten Stellung der fides zur iustitia im Allgemeinen ſich bekundet (§ 46), wie auch bezüglich der einzelnen Rechtsgeſchäfte im Beſonderen bezeugt iſt[411]). Oder, mit anderen Worten, das unſolenne Rechtsgeſchäft unterfiel zur Zeit ſeines Eintrittes in das Recht der aequitas, daher denn auch die obenerwähnte Controverſe durchaus nicht das unſolenne Rechtsgeſchäft betrifft (§ 50), da hier die aequitas, wie bemerkt, eine völlig unbeſtrittene Herrſchaft übte.

§ 49.

Das Verfahren der Interpretatio bezüglich der das Privatrecht betreffenden Geſetze.

Die Aufgabe der Interpretation des Rechtes iſt nach unſerer modernen Auffaſſung die Exegeſe der Rechtsſätze, die wiſſenſchaftliche Erfaſſung wie Darlegung des Denkgehaltes, welcher in dem Rechtsſatze kundgegeben iſt. In dieſer Bedeutung, wie Function kennt auch das römiſche Alterthum die interpretatio[412]):

Auct. ad Her. IV, 28, 38: interpretatio est, quae non

---

411) Im Allgemeinen: Gloſſem bei Cic. de Off. I, 13, 40: semper in fide (i. e. in pactionibus, quae fidei sunt) quid senseris, non quid dixeris cogitandum. Im Beſonderen wird auf die fides fundirt die emtio venditio: Plaut. Merc. II, 3, 85 fg. III, 1, 138 fg. vgl. IV, 3, 28. Rud. prol. 47 und ſodann Serv. bei Lab. 5 Post. a Jav. epit. (D. XVIII, 1, 80. § 2): primum sequendum esse, quod appareret actum esse; Trebat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 17. § 2), Alf. Var. 4 Dig. a. Paul. epit. (D. XVIII, 1, 40. § 3): maxime referre, quid esset actum; die locatio conductio: Plaut. Bacch. IV, 4, 100; das mandatum: Cic. Top. 10, 42. 17, 66. p. Rosc. Am. 38, 111; die societas: Plaut. Pseud. I, 3, 128. Cic. Top. cit. p. Quinct. 6, 16. — Solche Ueberweiſung dieſer Contracte an die fides ſteht überdem in einer Beziehung zu den Principien des Buch II, woſelbſt weitere Citate gegeben werden.

412) Vgl. Plaut. Truc. I, 2, 41. Cic. de Off. I, 10, 33. II, 2, 5. de Inv. II, 40, 117. de Orat. I, 6, 23. de leg. agr. II, 3, 7. p. Balb. 16, 36. u. a. m. Cels. 29 Dig. (D. I, 3, 18), Jul. de Ambig. (D. XXXIV, 5, 13. § 6), Gai. 1 ad XII tab. (D. I, 2, 1), 21 ad Ed. prov. (D. XLVII, 9, 5), Pap. 1 de Adult. (D. XLVIII, 3, 2. § 1), Ulp. de Exc. (fr. Vat. 132), Paul. 1. 5 ad Plaut. (D. L, 17, 168. 172), 3 ad Sab. (D. cit. 12), 65 ad Ed. (D. cit. 155. § 2), Ter. Clem. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXV, 1, 64. § 1). Vgl. Schilling, Inſt. § 20, b.

iterans idem redintegrat verbum, set id conmutat, quod positum est, alio verbo, quod idem valet;

Cic. Brut. 39, 144: in interpretando, in definiendo, in explicanda aequitate; 41, 152: rem latentem explicare interpretando, ambigua-distinguere;

Lab. 2 Post. a Jav. epit. (D. XXXII, 1, 29. pr.): in eiusmodi legato non ius uxorium sequendum, sed verborum interpretatio esset facienda;

Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 6): aptanda est — nobis singulis verbis SCti congruens interpretatio.

Dieſer Interpretation aber fällt die doppelte Aufgabe zu, entweder bei correcter Ausdrucksweiſe des Rechtsſatzes deſſen Denkgehalt durch eine Paraphraſe einfach zu vergegenwärtigen und zu verdeutlichen, oder aber bei mangelhafter Ausdrucksweiſe durch eine complicirtere Operation und mit den in § 27 dargelegten Hülfsmitteln überdem auch noch ſolche Ausdrucksweiſe des Rechtsſatzes in ihrem Denkgehalte feſtzuſtellen.

Dieſer Interpretation hat nun das römiſche Recht ſeit der Exiſtenz geſchriebener Geſetze zu keiner Zeit entbehrt; allein das Princip des rigor bedingte, daß zunächſt die Aufgabe des Interpreten nicht darauf ſich richtete, denjenigen Denkgehalt des Geſetzes zu expliciren, den der Geſetzgeber mit dem Worte verbinden wollte, als vielmehr einfach den Begriff darzulegen, der nach national ſprachlichem Geſetze mit dem Worte ſich ſelbſt verband (§ 5). Und demgemäß ſchloß ſodann der rigor bei scriptum et voluntas, wie bei ratiocinatio, ſomit bei Incongruenz von Wort und Willensbeſtimmung, wie bei Lückenhaftigkeit der Rede alle und jede hierauf zu ſtützende Interpretation aus (§ 9. 10). Daraus aber ergiebt ſich die doppelte Beſchränkung der Interpretation, daß einmal dieſelbe nur bei definitio, ambiguum und contrarium Platz greifen kann (§ 11—13), und daß ſodann auch hier dieſelbe durchaus nur auf grammatiſche, lexicaliſche und ſprachgeſchichtliche Geſetze und Thatſachen als auf die Handhaben ihrer Operationen angewieſen iſt.

Dieſes Verhältniß aber reflectirt im Allgemeinen in dem Zuſammenfaſſen von juriſtiſchen und grammatiſchen ſammt lexicaliſchen Studien, welches bei ſo zahlreichen Gelehrten der ausgehenden Republik und der beginnenden Kaiſerzeit uns entge-

getritt und ſo namentlich bei L. Aelius Stilo, M. Terentius Varro, L. Cincius, Aelius Gallus, Serv. Sulpicius, Labeo und Capito[413]); nicht minder ſodann in der verhältnißmäßig ſo überreichen Litteratur, welche zu der nämlichen Zeit mit der Verborum interpretatio oder significatio ſich befaßt[414]), ſo insbeſondere Cincius de verbis priscis, Santra de verborum antiquitate, Cloatius Verus de verbis a Graecis tractis, Veranius liber priscarum vocum, C. Aelius Gallus und Verrius Flaccus de verborum significatione[415]); ſowie endlich in der wiſſenſchaftlichen Methode der Behandlung des Rechtes, welche in wahrhaft üppiger Fülle in Unterſuchungen über jene verborum significatio ſich ergeht. Beiſpiele hierfür bieten bezüglich des Wortes lignum Qu. Muc. Scaevola und A. Ofilius bei Ulp. 25 ad Sab. (D. XXXII, 1, 55), bezüglich instrumentum Serv. Sulpicius, Alf. Varus, Trebatius Testa, Labeo, Pegasus, Cassius, Sabinus, Neratius, Rufinus u. A. bei Ulp. 20 ad Sab. (D. XXXIII, 7, 12), bezüglich pellex Granius Flaccus de iur. Papir. u. Sabin. Memorial. bei Paul. 10 ad l. Jul. et Pap. (D. L, 16, 144), bezüglich aurum Ael. Gallus, Serv., Tubero, Labeo, Procul., Scaevola bei Paul. 2 ad Vit. (D. XXXIV, 2, 32) und bei Ulp. 44 ad Sab. (D. cit. 27), bezüglich argentum Qu. Mucius, Serv., Cascell., Ofil. und Labeo bei Javol. 2 ex Poster. Labeon. (D. XXXIV, 2, 39) und bei Ulp. 44 ad Sab. (D. cit. 27), bezüglich frux Ael. Gallus, Serv., Alf. Varus und Julian. bei Paul. 49 ad Ed. (D. L, 16, 77), bezüglich des Ausdruckes quod cuius causa emptum paratumve est Qu. Muc. bei Pomp. 5 ad Qu. Muc. und 8 ad Sab. (D. XXXIV, 2, 10, 34. § 1.), Alf. Var. 7 Dig. (D. cit. 28),

---

413) Vgl. Schöll, XII tab. rel. 9 fg.; vgl. auch Cic. Brut. 41, 152. ſowie Suet. de Gramm. 4: audiebam —, memoria patrum quosdam e grammatici statim ludo transisse in forum atque in numerum praestantissimorum patronorum receptos. Vgl. auch A. 37.

414) Verborum interpretatio namentlich bei Cic. de Orat. I, 42, 187; verborum significatio ſ. A. 118 und Kayser zu Cornific. ad Her. IV, 53, 67. Den summus circa verborum proprietatem labor der Juriſten hebt rühmend hervor Quint. J. O. V, 14, 34.

415) Vgl. Bähr, Geſch. d. r. Litter. § 382. Bernhardy, r. Litter. § 130.

Cascell., Trebat. und Labeo in deſſen lib. 2 Poster. (D. XXXII, 1. 29 pr. 100. § 2.), wie Ulp. 22 ad Sab. (D. XXXII, 1, 49. § 7. XXXIII, 9, 3. § 6.) u. A., bezüglich soror Lab. 4 ad Ed. bei Gell. XIII, 10, 3. und Non. Marc. 52, wie denn überhaupt dieſer Methode und der durch dieſelbe beſtimmten Litteraturperiode Titelbezeichnungen entſtammen wie de tritico, vino vel oleo legato, de instructo vel instrumento legato, de peculio legato, de penu legata, de supellectile legata, de alimentis vel cibariis legatis, de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis et statuis legatis[416].

In welcher Weiſe aber derartige Erörterungen geführt wurden, dafür mag als anſchauliches Beiſpiel das Wort penus[417] dienen, deſſen Vorkommniß in den Teſtamenten[418] die Veranlaſſung zu den einſchlagenden Unterſuchungen gab. Und zwar ſtellte S. Aelius Paetus Catus in ſeinen Tripartita die Begriffsbeſtimmung auf, daß die penus nicht allein Victualien, ſondern alle für den hauswirthſchaftlichen Bedarf dienlichen Conſumtibilien ſammt dem zu deren Herſtellung erforderlichen Materiale unter ſich begreife, ſomit auch Weihrauch und Kerzen[419]. Hieran feſthaltend überweiſt P. Rutilius Rufus der Penus nach Ulp. 24 ad Sab. (D. XXXIII, 9, 3 § 9) Holz und Kohlen, welche nicht etwa zum Verkaufe beſtimmt ſind, da ſolche

416) Dig. XXXIII, 6. 7. 8. 9. 10. XXXIV, 1. 2. Alle dieſe Titel entſtammen aus dem Sabinus-Syſtem und ſind in dieſes zweifelsohne aus den libri iuris civilis der ausgehenden Republik übergegangen. — Dem Allem entſpricht z. B. die Conſultation bei Macr. Sat. II, 6, 1: an nux pinea pomum sit, wozu vgl. Alf. 4 Dig. a Paul. epit. (D. L, 16, 205).

417) Vgl. hierüber Klauſen, Aeneas und die Penaten II, 636 fg. Marquardt, r. Alterth. IV. A. 1233 fg. 1839. Wegen der von der penus legat. handelnden Pandecten-Fragmente vgl. Sanio z. Geſch. d. röm. Rechtswiſſ. 21. 67. 101. Schneider, Serv. Sulpic. II, 7 fg.

418) So Lucil. Sat. 16 bei Gell. IV, 1, 3: legavit quidam uxori mundum omne penumque, und bei Serv. in Aen. I, 703: uxori legata penus; Cic. Part. Orat. 31, 107. tit. Dig. XXX, 9.

419) Bei Gell. IV, 1, 20: non quae esui [tantum] et potui forent, sed thus quoque et cereos in penu esse quodque esset eius ferme rei causa comparatum. Vgl. hierzu Hertz, A. Gellii, quae ad ius pertinent etc. Bresl. 1868. Mommsen, ad capita duo Gelliana. Berl. 1868. Erſterer lieſt: non quae esui et potui forent — — quod esset non eius ferme — —; Letzterer: quod esset eius familiae causa.

Zubereitungsmaterial ſind. Dem tritt nun entgegen Qu. Mucius Scaev. 2 Jur. Civ., indem er die Penus beſchränkt auf den für eine längere Zeitperiode berechneten und zur Verſorgung des Hausſtandes beſtimmten Vorrath an Eßwaaren und Getränken [420]). Dagegen Serv. Sulpic. in ſeinen reprehensa Scaevolae capita greift wieder auf die Begriffsbeſtimmung des Aelius zurück, indem er auch unguentum, ja ſogar chartae epistolares zur penus rechnete [421]). Allein Aul. Ofilius 16 Action. tritt nach Ulp. cit. (D. cit. § 9. 5. 8) wiederum dem Scaevola bei: er ſcheidet daher ebenſo thus und cerae, wie molae, ligna, carbones ceteraque per quae penus conficeretur von der penus aus, rechnet dagegen ganz conſequent den Weineſſig dazu, inſoweit ſolcher zum Genuß und nicht etwa zum Auslöſchen des Feuers beſtimmt iſt; allein darin geht er wieder weit über Scaevola hinaus, daß er nicht bloß die zur Nahrung des Menſchen dienlichen Victualien, ſondern auch das Futter der zum perſönlichen Dienſt des Beſitzers beſtimmten Zug-, Reit- oder Pack-Thiere der penus zurechnete. C. Trebatius Testa, wie Labeo traten ebenfalls dem Scaevola bei: Erſterer zählt nach Dig. cit. § 2 den Honig, Letzterer nach Dig. cit. § 3 überdem auch die lacerta (ein Seefiſch) um der zur Penus gehörigen Salzlake willen, mit welcher der Fiſch genoſſen wird, zur Penus. Allein bei Labeo und wie es ſcheint bereits bei

---

420) Bei Gell. IV, 1, 17: penus est, quod esculentum, aut poculentum est: quod ipsius patrisfamilias aut liberum patrisfamilias aut familiae eius, quae circa eum aut liberos eius est (faſt übereinſtimmend im Ausdrucke iſt: Sab. ad Vitell. in Dig. XXXIII, 9, 3. pr.) et opus non facit, causa paratum est, penus videri debet; nam quae ad edendum bibendumque in dies singulos prandii aut cenae causa parantur, penus non sunt, sed ea potius, quae huiusque generis longae usionis gratia contrahuntur et reconduntur, ex eo, quod non in promptu sint, sed intus et penitus habeantur, „penus“ dicta sunt; ſowie bei Ulp. 24 ad Sab. (D. XXXIII, 9, 3. pr. § 6 und 9), woſelbſt in § 6 die Interpretation des qui opus non facit gegeben iſt. — Hierauf geht wohl zurück Cic. de N. D. II, 27, 68: penus est omne, quo vescuntur homines. — Ganz unnöthige Emendationen zu Gell. bietet Mommſen in A. 419.

421) Gell. IV, 1, 20. Ulp. 24 ad Sab. (D. XXXIII, 9, 3. § 10); nach Ulp. cit. (D. cit. § 6) berichtigt er überdem den Mucius dahin, daß auch die für die textores und textrices beſtimmten Victualien zum penus gehörten.

Trebatius tritt nun neben die penus auch die Erörterung des Ausdruckes penus esculenta: und hier nun entscheidet Labeo nach Dig. cit. § 2, daß die Letztere ausschließlich die Speisevorräthe selbst (quae esse solemus), nicht aber auch die Speise-Zuthaten (per quae esse solemus) umfasse, somit also nicht Oel, Fischbrühe, Salzlake, Honig und dergleichen. Sodann Masur. Sabin. 2 Jur. Civ. und ad Vitell. adoptirt nach Gell. IV, 1, 22. Ulp. cit. (D. cit pr.) und Paul. 4 ad Sab. (D. cit. 4) vollständig die Ansicht des Ofilius: nur Victualien zur Versorgung des eigenen Hausstandes bestimmt, hier aber die Nahrung ebenso der Familie, als auch der zum Gebrauche des Herren dienenden Thiere unterfallen der penus, nicht aber was zum Verkaufe bestimmt ist und ebenso wenig das zur Zubereitung erforderliche Material, wie ligna, virgae und carbones. Eine neue Phase der Behandlung des Stoffes wird nunmehr durch Procul. markirt: er sowohl, wie Ulpian 24 ad Sab. (D. XXXIII, 9, 3. § 2. 3) geben ihre Wesenbestimmungen unter dem ausdrücklichen Vorbehalte: nisi contraria mens testatoris appareat (§ 23 a. E.) und gleichen stillschweigenden Vorbehalt haben wir auch bei allen Späteren vorauszusetzen. Im Besonderen aber zählt Procul. nach Dig. cit. § 2 zur penus esculenta auch die Zuthaten zur Speise. Anderntheils wird von C. Cassius Longinus nach Paul. 4 ad Sab. (D. cit. 5. pr.) das Wesen der penus nach dem Ernährungszwecke bestimmt, daher die Arzneimittel ausgeschlossen werden. Sext. Caecilius sodann trat nach Dig. cit. § 9 der Ansicht des Aelius und Rutilius bei und ebenso Salvius Aristo nach Dig. cit. § 1. 11, der überdem noch diejenigen Gefäße der Vorrathskammer beifügte, worin die zur penus gehörigen Vorräthe aufbewahrt wurden [422].

Auf solche Methode rechtswissenschaftlicher Behandlung war aber die Jurisprudenz der gegenwärtigen Periode den das Privatrecht betreffenden Gesetzen gegenüber angewiesen: der

422) Weitere Bestimmungen s. bei Scaev. 3 Resp. (D. XXXIII, 9, 7), Ulp. 24 (nicht 22) ad Sab. (D. cit. 3), Paul. 4 ad Sab. (D. cit. 4—6), Marcian. 3 Reg. (D. cit. 2), Serv. in Aen. I, 703. II, 508. III, 12. Non. Marc. s. v. p. 51. 219. Paul. Diac. s. v. p. 20.

rigor beſchränkte, wie bemerkt, dieſelbe auf die Darlegung des Wortſinnes an ſich der in den leges gebrauchten Ausdrücke und geſtattete daneben nur noch, durch caſuiſtiſche Aufzählung der dem Geſetzesworte unterfallenden thatbeſtändlichen Verhältniſſe und Beziehungen das Lehrmaterial zu vermehren. Hierin aber lag eine äußerſt beengende Feſſel, welche jede Entwicklung und Fortbildung des Rechtes durch die Wiſſenſchaft ausſchloß, ja jede Selbſtſtändigkeit und Freiheit der wiſſenſchaftlichen Thätigkeit unterdrückte; und dieſes Hemmniß mußte nun in der gegenwärtigen Periode um ſo drückender empfunden werden, als außerhalb der Sphäre des ius scriptum und namentlich in dem ius gentium die Rechtswiſſenſchaft unendlich freier ſich bewegte und ſelbſtſtändiger geſtaltend eingriff. Jene Beſchränkung der Rechtswiſſenſchaft aber einerſeits, die Stellung des Lebens und Verkehres ſodann gegenüber dem gegebenen Rechte andererſeits, welches als beengend und drückend von der freier entwickelten Nationalanſchauung, wie von dem reicher entfalteten und ſchneller pulſirenden Leben empfunden wurde (Thl. II § 75. 81), wie endlich nun der Trieb der Rechtswiſſenſchaft ſelbſt nach freierer Bewegung und höherer Leiſtung in Behandlung des Rechtes — alle dieſe Momente riefen ein Verfahren hervor, bei welchem die Rechtswiſſenſchaft eine ganz andere Stellung und Wirkſamkeit ſich erringt, die Interpretation aber, jene Schranken durchbrechend, eine neue Bedeutung gewinnt und ſo auch in dieſer neuen Stellung unter der techniſchen Benennung Interpretatio in den Quellen beſonders gewürdigt und anerkannt wird.

Der Weg aber, den man hierbei einſchlug, war der in der römiſchen Staats- und Rechts-Entwicklung mehrfach betretene: man reſpectirte der Form und Theorie nach das Gegebene an Satzung oder Inſtitution, entkräftete aber daſſelbe der Sache nach und auf Umwegen. Und ſo nun erkannte man auch dort die Geltung des rigor und deſſen Geſetze der Theorie nach zwar an: man behielt äußerlich die Richtung und Methode der Rechts-Auslegung bei, nach wie vor mit der lexicaliſchen und grammatiſchen Deduction verfahrend[423]; allein in dem ſicheren

423) Vollſtändig verkannt iſt die Methode der Interpretatio von Puchta, Inſt. § 78: „die Schranke der Interpretation bildete nicht das Wort, und

Gefühle, die Stimme des Zeitgeiſtes hinter ſich zu haben, bewegte man ſich bei ſolcher Operation in der ungebundenſten und freieſten Weiſe, ja mit offener Willkür, indem man nicht nach den lexicaliſchen und grammatiſchen Geſetzen der Sprache, als vielmehr nach dem Geſichtspunkte der ſachlichen Angemeſſenheit, der Anforderungen des Zeitgeiſtes, der Bedürfniſſe des Lebensverkehres verfuhr und ſo nun ebenſo wohl den Worten des Geſetzes einen Sinn aufnöthigte, den dieſelben effectiv nicht hatten, als auch den wirklich gegebenen Wortſinn dem geſetzgeberiſchen Ausdrucke abſprach und abſchnitt. Auf dieſe Weiſe aber und vorgeblich auf der Baſis der definitio, des ambiguum oder contrarium operirend, gelangte man doch in Wirklichkeit dahin, ebenſo wohl die gegebene Lücke im Rechte zu ergänzen, als auch die dem Zeitgeiſte widerſtrebende Rechtsſatzung auszuſcheiden oder den Anforderungen der Zeit entſprechend umzumodeln, und ſo nun die interpretatio aus einer wiſſenſchaftlichen oder judiciellen Rechtsauslegung in eine wiſſenſchaftliche Rechtsbildung umzuwandeln. Und dies nun iſt die Interpretatio in jenem hiſtoriſch-techniſchen Sinne dieſer Periode[424]), als die wiſſenſchaftliche Ableitung, Entwicklung und Darlegung ganz neuer Rechtsſätze aus dem im ius scriptum gegebenen Worte heraus, ein Verfahren, welches ſomit zum Organe der Rechtsbildung ſich erhebt und eine eigene Rechtsgruppe: das ius civile im engeren Sinne[425]) ſchafft:

Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. § 38): extat illius (sc. Sext. Aelii) liber, qui inscribitur Tripertita; — — Triper-

---

was der Geſetzgeber damals ſchon wirklich im Auge hatte, wohl aber der Geiſt des Geſetzes; was nur wenigſtens als eine Entfaltung dieſes Geiſtes, als potentieller, keimartiger Inhalt des Geſetzes anzuſehen war, das fiel noch unter den Begriff ſeiner Interpretatio." Dies iſt ſo ungefähr wahr bezüglich der Kaiſerzeit, total unrichtig aber für die Republik.

424) Cic. de Inv. II, 44, 127: iudicem legi parere, non interpretari legem oportere; Ped. bei Ulp. 1 ad Ed. Aed. cur. (D. I, 3, 13); Jul. 90 Dig. (D. I, 3, 11); Pomp. 5 ad Qu. Muc. (D. L, 16, 120), Ench. (D. I, 2, 2. § 4. 5); Gai. I, 165; Pap. 1 Def. (D. II, 15, 5), Ulp. 12 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 1. § 6), 24 ad Ed. (D. XXV, 4, 1. § 11), Paul. 4 ad Plaut. (D. I, 3, 23), 21 Quaest. (D. XLIX, 14, 40. pr.), J. Just. IV, 3, 10.

425) Vgl. Schilling, Inſt. § 9. Zuſ. 4.

tita autem dicitur, quoniam lege XII tab. praeposita iungitur interpretatio, dein subtexitur legis actio; (§ 12): ius civile, quod sine scripto in sola prudentum interpretatione consistit;

Boeth. in Cic. Top. p. 321 Or.: iurisperitorum auctoritas est eorum, qui ex XII tabulis vel ex edicto magistratuum ius civile interpretati sunt.

Das Verfahren ſelbſt aber dieſer Interpretatio wird trefflich characteriſirt durch

Cic. p. Mur. 12, 27: cum permulta praeclare legibus essent constituta, ea iurisconsultorum ingeniis pleraque corrupta et depravata sunt: mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt, hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur; sacra interire illi noluerunt, horum ingenio senes ad coemptiones faciendas interimendorum sacrorum causa reperti sunt;

Jul. 86 Dig. (D. IX, 2, 51. § 2): multa — iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest.

Zur Veranſchaulichung aber jenes Verfahrens der Interpretatio mögen folgende Beiſpiele dienen:

1. Nachdem die Interpretatio zwiſchen 419 und 426 das expensum ferre dem stipulari beigeordnet und ſo der a. certae creditae pecuniae theilhaft gemacht hatte (Thl. II 246), wiederholt ſich dieſe Operation um die Mitte des 6. Jahrh., indem man auch das mutuo dare dem stipulari gleichſtellt (Beil. XXI § XXIV).

2. Die condictio indebiti ward kurz nach 688 von der Interpretatio als Klage conſtituirt vermittelſt der Conſtruction als quasi mutui datio[426]):

Gai. 3 Aur. (D. XLIV, 7, 5. § 3): qui non debitum acceperit per errorem solventis, obligatur — quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus; vgl. J. Just. III, 27, 6.

426) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. § 40.

Gai. III, 91: qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur: nam proinde ei condici potest „Si paret eum dare oportere", ac si mutuum accepisset.

3. Hinſichtlich der Uſucapion von Immobilien berichtet

Cic. p. Caec. 19, 54: lex (sc. XII tab.) usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium: at utimur eodem iure in aedibus, quae in lege non appellantur; und ähnlich Top. 4, 23.

4. Der Beſtand der Clientel zur Zeit der XII Tafeln ließ eine Vorſchrift bezüglich der Tutel der Patrone wie über die Clienten im Allgemeinen, ſo über die Liberti insbeſondere als überflüſſig erſcheinen; nach Untergang der alten Clientel aber deducirte man aus dem Erbrecht des Patrons gegen den Libertus die Tutel des Erſteren über die Deſcendenz des Letzteren:

Gai. I, 165: quae (sc. patronorum) et ipsa legitima tutela vocatur, non quia nominatim ea lege (sc. XII tab.) de hac tutela cavetur, set quia perinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset: eo enim ipso, quo hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, cum et agnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat[427]; vgl. Ulp. 38 ad Sab. (D. XXVI, 4, 3. pr.), fr. XI, 3.

5. Die XII Tafeln ſchrieben vor: cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto, und beriefen damit die Agnaten ſchlechthin ohne Unterſchied ebenſo der Gradesnähe, wie des Geſchlechts[428] zur Succeſſion. Die in dem gegen-

427) Dieſe „consequentia" ſpricht aus Qu. Muc. Ὅρων (D. L, 17, 73. pr.): quo tutela redit, eo hereditas pervenit, nisi quum feminae heredes intercedunt. Vgl. im Uebrigen Dirckſen, XII Taf. 883.

428) Dies erkennen in letzterer Beziehung an Paul. Sent. rec. IV, 8, 22. Justin. im Cod. VI, 58, 14. pr. 15. pr. und ergeben die XII Taf. ſelbſt, ſo z. B. si furiosus escit, cui suus heres nec escit, und vergl. Weiteres bei A. 168. Dagegen wiederum bei A. 121.

nächtigen Zeitraume hervortretende Tendenz aber, das Familienamt der Familie zu erhalten, veranlaßte unter Anderem die Interpretatio, einestheils durch eine nicht mehr erkennbare Manipulation innerhalb der Agnaten die consanguinei als eine eigene, mit prärogativem Erbrechte ausgeſtattete Gruppe abzuſcheiden und ſo eine ganz neue Erben-Claſſe zu ſtatuiren[429]; ſodann aber auch im Wege der definitio den Ausdruck adgnatus nur auf Agnaten männlichen Geſchlechtes zu beſchränken (A. 120), wie endlich wiederum den consanguineae in der Claſſe der consanguinei ein Erbrecht zu belaſſen[430].

6. Die lex Aquilia lautete in c. 1: qui — — occiderit, quanti in eo anno plurimi ea res fuerit, tantum aes hero dare damnas esto[431] und in c. 3: si quis — — ruperit iniuria, quanti in diebus XXX proxumis ea res fuerit, tantum aes hero dare damnas esto[432] und ſtellte damit die Entſchädigungspflicht des Delinquenten auf das quanti res est, ſomit auf den Sachwerth oder Schaden. Die Interpretatio dagegen ſubſtituirte dem das quanti interest, ſomit das Intereſſe:

J. Inst. IV, 3, 10: illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum peremti corporis aestimationem habendam esse, sed eo amplius quidquid praeterea, peremto eo corpore, damni vobis allatum fuerit[433].

7. Die lex Aquilia lautete in c. 3: si quis — ruperit iniuria (A. 432). Dieſer Ausdruck rumpere ward nun von

---

429) Ulp. fr. XXVI, 1 und in Collat. XVI, 4, 1. Paul. Sent. rec. IV, 8, 3.

430) Gai. III, 14. Ulp. fr. XXVI, 1. 6. Paul. Sent. rec. IV, 8, 16. 22. Justin. im Cod. VI, 58, 14. pr., Inst. III, 2, 3.

431) Gai. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 2, 2 pr.), Inst. III, 210. 214. Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2. 11. § 6. fr. 21. pr. fr. 23. § 3), Theoph. Par. IV, 3. pr. § 1. 2. 9.

432) Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 5. 13. fr. 29. § 8), Gai. III, 217. 218. Theoph. Par. IV, 3, 13. 15.

433) Vgl. Gai. III, 212. Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 21. § 2) u. A. m. vgl. auch Savigny, Syſt. Beil. XII. § II. Pernice, Sachbeſchädigung 240.

der Interpretatio in der freieſten Weiſe gedehnt [434]), was Ulp. 18 ad Ed. (Coll. II, 4) dahin recapitulirt:

Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneravit, vel virgis vel loris vel pugnis cecidit, vel telo vel cum aliovis genere sciderit hominis corpus vel tumorem fecerit;

im Einzelnen aber bieten Belege

Brutus bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 22): si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Aquilia teneri quasi de rupto;

Qu. Muc. bei Pomp. 17 ad Qu. Muc. (D. IX, 2, 39. pr.): equa, cum in alieno pasceretur, in cogendo, quod praegnans erat, eiecit. Quaerebatur dominus eius possetne cum eo, qui coëgisset, lege Aquilia agere, quia equam in eiiciendo ruperat?

Vivianus bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 24): si navem venaliciarum mercium perforasset, Aquiliae actionem esse quasi ruperit;

Ulp. 38 ad Ed. (D. XLVII, 7, 7. § 2. 3): si quis radicitus arborem evelleret vel exstirpaverit, — — Aquilia tenetur quasi ruperit; 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 18): si quis vestimenta sciderit vel inquinaverit, Aquilia quasi ruperit tenetur; 19 ad Ed. (D. X, 2, 16. § 5): si — — rationes hereditarias deleverit vel interleverit, teneri — lege Aquilia quasi corruperit.

8. Gleiches Verfahren der Interpretatio iſt in Beilage XXI § XIII unter B auch bezüglich der Worte emere und vendere nachgewieſen worden.

9. Aus der cautio rei uxoriae und deren Formel leitete die Interpretatio das ipso iure geltende Dotalrecht und die dafür geltende a. rei uxoriae nebſt deren Formel her (Beil. XX § IV).

10. Nicht minder gehört hierher die durch die Spruchpraxis des Centumviralgerichtshofes geſchaffene Einſchränkung der Teſtir-

---

434) Vgl. Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 13): „Rupisse“ verbum fere omnes veteres sic intellexerunt: corruperit. Vgl. Ulp. cit. (D. cit. 27. § 14—16 fr. 29. § 5) und die daſ. Citirten.

freiheit [435]) und zwar zunächſt in Folge der querela inofficiosi, einer hereditatis petitio, bei welcher die hereditas ab intestato gefordert wird gegenüber einem Teſtamente, welches, weil es als quasi furiosi gilt, ungültig iſt:

Marcell. 3 Dig. (D. V, 2, 5): res illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, quum testamentum inique ordinaret;

Marcian. 4 Inst. (D. V, 2, 2): hoc colore de inofficioso testamento agitur quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis; vgl. Paul. 2 Quaest (D. V, 2, 19), J. Inst. II, 18 pr.

11. Endlich die a. de glande legenda der XII Taf. ward zuwider dem ſprachlichen Sinne des Wortes glans durch die Interpretatio auf jede genießbare Baumfrucht extendirt: Gai. 4 ad l. XII tab. (D. L, 16, 236. § 1), und in ähnlicher Weiſe

12. auch für das Wort alienare in gewiſſen juriſtiſchen Beziehungen deſſelben ein Begriff feſtgeſtellt, der über deſſen allgemein ſprachliche Bedeutung weit hinausgreift (Beil. XXI § XIII unter B).

Dabei wird die eigenthümliche Richtung und Bewegung, welche bei jenen ihren Operationen die Interpretatio einſchlug, gekennzeichnet durch das dabei ſo häufig verwendete typiſche quasi [436]), indem hierdurch das Product ſolcher Operation in

---

435) Pomp. 5 ad Qu. Muc. (D. L, 16, 120): verbis leg. XII tab. — — latissima potestas tributa videtur — heredis instituendi — —; sed id interpretatione coangustatum est auctoritate iura constituentium. Eine zweite, der Spruchpraxis des Centumviralgerichtshofes angehörige rechtliche Frage, ob dem Elternmörder ebenfalls als quasi furiosus die Errichtung eines gültigen Teſtamentes abzuſprechen ſei, lag dem Proceſſe über den Nachlaß des Malleolus zu Grunde, worüber ſ. A. 461.

436) So bei Brut. und Vivian. in Ulp. 18 ad Ed. (unter 7), Marcell. 3 Dig. (unter 10), Gai. 3 Aur. (unter 2), Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 18. 20), 38 ad Ed. (D. XLVII, 7, 7. § 2. 3), Paul. 2 Quaest. (unter 10), Marcian. 4 Inst. (unter 10), Inst. II, 18, pr.; und ſo nun auch noch in der ſpäteren Jurisprudenz, wie z. B. quasi possessio, quasi ususfructus,

eine Parallele mit der honorariſchen Fiction geſtellt wird. Das ſo geſchaffene neue Recht ſelbſt aber bildete eine umfangreiche Stoffmaſſe, deren älteſtes Material bereits vor den gegenwärtigen Zeitraum zurückdatirt (ſ. unter 1) und jetzt nun ebenſo an Ausdehnung, wie praktiſcher Bedeutung und theoretiſcher Selbſtſtändigkeit gewann, wie wir aus den Tripertita des Sex. Aelius entnehmen können, in denen die Interpretatio ein eigenes Buch neben der Lex d. i. dem Zwölftafelrechte mit ſeinen Fortbildungen und neben den Legis actiones enthielt[437]). Dabei genoß die Interpretatio das Anſehen einer canoniſchen Auslegung wie Ergänzung des Geſetzesrechtes und erlangte hiermit eine objective Geltung, kraft welcher dieſelbe nicht allein gleichwerthig mit dem Geſetze ſelbſt war, ſondern auch nach dem Satze: lex posterior derogat priori im Falle des Widerſpruches das letztere überwog (ſo z. B. unter 5). Und dies Verhältniß bekundet ſich nun auch darin, daß

a. die Interpretatio als eine ſelbſtſtändige Rechtsquelle neben dem Geſetze gilt, welches durch ſie richtig geſtellt wird:

Ulp. 12 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 1. § 6): ex SCto Orphiliano ad matris hereditatem non admittebatur; sed humana interpretatione placuit eum admitti; 24 ad Ed. (D. XXV, 4, 1. § 11): quamvis sit mani-

---

quasi contractus u. dergl. Daneben findet ſich jedoch auch die der legislatoriſchen Fiction eigenthümliche Form-Wendung perinde ac (ſ. Thl. II A. 827), ſo bei Gai. I, 165. III, 91. J. Inst. III, 27, 6. — Nur in kürzeſter und nicht genügend würdigender Weiſe berührt dieſe Thatſachen Demelius, Rechtsfiction 76.

437) Während die Lex der Tripertita des Aelius die lex κατ' ἐξοχήν d. h. das Zwölfelrecht mit ſeinen ſpäteren interpretativen Zuſätzen (wie z. B. a. communi dividundo) behandelte, ſo enthielt deſſen Interpretatio das jüngere Recht: der lex Aquilia, die res creditae (Stipulation, Expenſilation und mutui datio) und emtio venditio (ſo z. B. Dig. XIX, 1, 38 § 1). Hierin allenthalben war gegeben die interpretatio in ihrer doppelten Function d. h. ebenſo reine Exegeſe, wie die rechtswiſſenſchaftliche Fortbildung des Rechtes, bei welcher letzteren nun die Caſuiſtik die Hauptrolle ſpielte und die Berufung auf Autoritäten beliebt war, ſo auf die Reſponſen des Tib. Coruncanius, die auf dieſe Weiſe nun eine litterariſche Exiſtenz gewannen. — Jene Trichotomie des Aelius von Lex, Interpretatio und Legis actiones klingt übrigens noch durch bei Ped. in Ulp. 1 ad Ed. Aed. cur. (D, I, 3, 13): lege — interpretatione — iuris dictione.

festissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio eius;

Paul. 21 Quaest. (D. XLIX, 14, 40. pr.): non tantum legem circumvenire voluit, sed etiam interpretationem legis, quae — — habetur;

J. Inst. IV, 3, 10: non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit;

b. die Interpretatio, einmal feſtgeſtellt und recipirt, über ſubjectives Beſſerwiſſen und wiſſenſchaftliche Controverſe zu einem objectiv ſicheren Beſtande ſich erhebt, ſo daß auch ſpäter noch das „hoc iure utimur“ oder „iure civili receptum est“[438]) die letzte Raiſon für die Geltung eines der Interpretatio entſtammten Rechtsſatzes abgiebt:

Jul. 90 Dig. (D. I, 3, 11): de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est;

Paul. 4 ad Plaut. (D. I, 3, 23): minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt;

c. der durch die Interpretatio feſtgeſtellte Rechtsſatz häufig in Breviloquenz der dadurch interpretirten lex ſelbſt überwieſen wird, ſo bezüglich der Uſucapion von aedes (unter 3) von Gai. II, 42, bezüglich der tutela patroni (unter 4) von Ulp. 14 ad Sab. (D. XXVI, 4, 1 pr.), bezüglich des Erbrechtes der consanguineae (unter 5) von Ulp. XXVI, 1; ſodann in der Bezeichnung der tutela patroni als legitima; nicht minder, wenn in J. Inst. II, 1, 41 der Rechtsſatz: venditae et traditae res non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo satisfecerit den XII Taf. beigemeſſen wird (Beil. XXI A. 78), oder wenn Gai. II, 47 den Letzteren den Satz überweiſt: mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent (Beil. XXI § XVI).

Total verſchieden geſtaltet ſich dagegen die Stellung der Rechtswiſſenſchaft gegenüber dem privatrechtlichen ius gentium: denn indem dieſes von vorn herein der ſchriftlichen Fixirung entbehrte und allein auf den mores beruhte (Thl. II § 79),

438) Vgl. Schilling, Inſt. § 12. Zuſ. 2.

ſo fehlte hier mit dem geſchriebenem Worte auch der Leiter ſelbſt und der Stützpunkt für den rigor mit ſeinen beengenden Einflüſſen und Anforderungen, daher hier nun die Rechtswiſſenſchaft unendlich freier ſich bewegen und ſelbſtſtändiger geſtaltend wirken, namentlich aber auch von der ratiocinatio den umfaſſendſten Gebrauch machen konnte. Und ſo bietet ſich auch als das anſchaulichſte Beiſpiel die ratiocinatio dar, durch welche mit dem Hülfsmittel der similitudo oder Analogie (§ 22) die negotiorum gestio klagbar gemacht und ſomit zum Quaſi-Contracte erhoben wurde:

si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit: debet etiam procurator (Cic. Top. 10, 42).

§ 50.

Die Controverſe der ciceronianiſchen Zeit über die Geltung je von rigor und aequitas.

Bis zu dem Zeitalter Cicero's ſtanden rigor und aequitas innerhalb der Sphäre ihrer zweiten Poſition in friedlichem und geregeltem Verhältniſſe neben einander: Jener den ſolennen Rechtsact und das privatrechtliche Geſetz, Dieſe das unſolenne Rechtsgeſchäft beherrſchend (§ 48), Jener in der Hauptſache das ius civile, Dieſe im Weſentlichen das ius gentium deckend. Zu Cicero's Zeit verändert ſich jedoch faſt plötzlich dies Verhältniß: die aequitas greift über in das altangeſtammte Gebiet des rigor und wird nun hier ohne feſtes Princip und je nach der individuellen Anſicht der Gelehrten und Richter und in regelloſem Schwanken als maaßgebende Potenz bald anerkannt, bald negirt[439]. Und zwar tritt dieſer Principienſtreit einestheils in der Theorie zu Tage und zwar ebenſo in der Rethorik, wo er z. B. bei Cornificius und Cicero einen breiten Raum einnimmt, als auch in der Jurisprudenz, deren Träger er in zwei entgegenſtehende Gruppen ſpaltet[440]; und anderntheils

439) So z. B. Cic. Brut. 39, 145: ita — causa illa dicta est, cum uterque ex contraria parte (sc. et iustitiae et aequitatis) ius civile defenderet.

440) Cic. p. Mur. 11, 25: res (sc. iuris scientiae) sunt — —

greift er auch in die Praxis über, hier ebenſo die Plädoyers der Oratoren beſtimmend, als auch die disputatio fori bewegend[441]); ja ſelbſt für die oratoriſche Erudition der vornehmen Jugend lieferte er die beliebteſten Themata, an denen die Schüler gebildet und geübt wurden[442]), damit in Fleiſch und Blut der erwachſenden Generation eindringend.

Hervorgerufen ward jener Principienſtreit durch das Eindringen der griechiſchen Rhetorik in Rom. Denn bereits längere Zeit vor dem hier fraglichen Zeitpunkte hatte die griechiſche Philoſophie eine Theorie der Rhetorik ausgebildet, welche auch die hier maaßgebenden Principſätze der römiſchen aequitas in ihr Syſtem einordnete und zu umfaſſender Anwendung im Rechte begründete, während die praktiſche Pflege der Dialektik und Rhetorik jenes Syſtem in das Leben einführte und eine wohlgeſchulte Routine ſchuf. Und ſo nun trat auch zu Rom jene Rhetorik ebenſo als wohlgegliedertes und durchgebildetes wiſſenſchaftliches Syſtem, wie als routinirte Kunſtfertigkeit und Schule hervor. Und zwar ward dieſe praktiſche Behandlung der Rhetorik durch großgriechiſche und lateiniſche Rhetoren nach Rom übertragen, deren Wirken hierſelbſt durch die betreffenden Ausweiſungsdecrete v. J. 593 und 662 markirt wird, wogegen die römiſche Theorie mit M. Antonius Orator († 667) beginnt, in deſſen Rhetorik wir bereits die ſämmtlichen Interpretationsfälle und insbeſondere auch die der aequitas eigenthümlichen von scriptum et voluntas und ratiocinatio vorfinden (Beil. XVII § I. II).

Betrachten wir zuvörderſt nun die Stellung, welche die römiſche Theorie jenem Principienſtreite gegenüber einnimmt, ſo hat zunächſt die Rhetorik ſich begnügt, unter Darlegung des Gegenſatzes an ſich der Principſätze in durchaus objectiver Haltung die Argumente und Deductionen zu regiſtriren, die nach beiden Richtungen hin dem prüfenden Blicke ſich darboten

---

proprie in — — interpretationibus verborum occupatae; das Nähere ſ. § 51.

441) Cic. p. Caec. 23, 65. ſ. Thl. I, 47.

442) Cic. de Orat. I, 57, 245: in hoc genere pueri apud magistros exercentur omnes, cum in eiusmodi causis alias scriptum, alias aequitatem defendere docentur.

und etwa in der Gerichts- oder Schulpraxis ins Feld geführt wurden, ohne im Uebrigen über die höhere und innere Berechtigung des einen der beiden Principien eine endgültige Entscheidung zu wagen oder auch nur für sich in Anspruch zu nehmen. Und darin nun liegt die große Verschiedenheit zwischen der griechischen und der römischen Rhetorik dieser Periode, daß, während die Griechen durchgehends dem Principe der voluntas die maaßgebende Stellung einräumen, die römischen Rhetoren im Allgemeinen die beiden Principien von verbum und voluntas gleichmäßig einander gegenüberstellen, im Besonderen aber je nach den verschiedenen Interpretationsfällen auch wiederum bald nur das eine, bald nur das andere Princip als das maaßgebende hinstellen. Und zwar tritt bei Cornificius und Cicero das Sachverhältniß uns entgegen, daß bei scriptum et voluntas von Beiden, und bei ratiocinatio von Cicero beide Principien einander ganz gleichmäßig gegenübergestellt werden, während von Cornificius bei der ratiocinatio der Principienstreit ganz übergangen und lediglich die Anwendung der aequitas auf diesen Interpretationsfall exemplarisch veranschaulicht wird. Dahingegen bei der definitio wird von Cornificius und Cicero das Princip des verbum allein als maaßgebend hingestellt, während wiederum bei der ambiguitas der Gegensatz an sich der Principien ganz übergangen, im Uebrigen jedoch auf das Princip der voluntas allein, auch dies aber nur nebenbei, hingedeutet wird. Endlich bei den contrariae leges gelangt der Gegensatz der Principien nur theilweis und in verschiedener Weise zur Geltung und zwar bei Cornificius und Cicero de Inv. II, 49, 147 in der Weise, daß lediglich das Princip der voluntas erwähnt wird, auch dies jedoch nur nebenbei, wie lediglich in Bezug auf eine der beiden widerstreitenden Dispositionen, wogegen bei Cic. Part. Or. 39, 138 beide Principien zusammen und neben einander empfohlen werden und zwar für je eine der beiden widerstreitenden Dispositionen je eines der beiden Principien (§ 9—12. 21—25. Beil. XVII § IV—VIII).

Diese eigenthümliche Haltung der römischen Rhetorik erklärt sich nun allerdings ebenso aus den widerstreitenden Einwirkungen einerseits der rhetorischen Theorie der Griechen und andrerseits der altüberlieferten römisch juristischen Doctrin, als auch aus

den Streben der römiſchen Rhetorik, jenen beiden entgegenſtehenden Anſchauungen Rechnung zu tragen; denn ſicher iſt auf den Einfluß der griechiſchen Rhetorik die Theorie von Cornificius und Cicero über die ambiguitas und (bei Cic. de Inv.) über die leges contrariae, wie bei Cornificius insbeſondere über die ratiocinatio zurückzuführen, während die altrömiſche Auffaſſung in der Theorie der definitio bei Cornificius, wie bei Cicero zur Geltung kommt, und wiederum auf der Berückſichtigung der entgegenſtehenden Auffaſſung die Theorie von Cornificius und Cicero über das scriptum et voluntas, ſowie bei Cicero insbeſondere über die ratiocinatio und (in Part. Or.) über die contrariae leges beruht. Allein immerhin läßt dieſe Behandlung des Principienſtreites erkennen, daß die römiſche Rhetorik durch den ſich darbietenden Gegenſatz von zwei diametral entgegenſtehenden Anſchauungen und Principien verwirrt und der Sicherheit der Haltung, wie des Urtheiles beraubt wurde, ſo daß dieſelbe durchgehends höhere ſpeculative oder hiſtoriſche Geſichtspunkte nicht zu gewinnen vermochte, von denen aus durchſchlagende Gründe für die Prävalenz je des einen der beiden Principien ſich geben ließen, ſo daß ſomit jene Theorie zur vollen und geiſtigen Herrſchaft über ihren Lehrſtoff ſich nicht erhob.

In dieſer Verlegenheit vermochte aber auch die Jurisprudenz nicht eine Löſung des Conflictes zu vermitteln; denn wenn auch deren Vertreter ganz unmittelbar an dem Principienſtreite ſich betheiligten und gleich als Lehrſatz die Geltung je des einen oder anderen Princips in abstracto vertraten, ſo war doch die Jurisprudenz dieſer Periode zu ſehr in ihrer exegetiſchen, caſuiſtiſchen und traditionell interpretativen Methode befangen (§ 49), um auf doctrinellem und ſyſtematiſchem Wege eine Löſung des Streites vermitteln zu können, ſo daß lediglich in Reſponſen und Plädoyers, wie in caſuiſtiſchen Erörterungen jener Streit zur Erörterung kam (§ 51).

So nun tritt die nothwendige Folge dieſer Zuſtände auf das Treueſte und Deutlichſte in den Quellen zu Tage: ein unvermittelter, ungeregelter Gegenſatz der widerſprechenden Lehrmeinungen, in welchem es ebenſo an der ſpeculativen Deduction, wie an der hiſtoriſchen Argumentation mangelt, und dieſer

Mangel nun erſetzt werden ſoll bald durch die Berufung auf Autoritäten und Präjudicien[443]), bald durch die petitio principii, bald durch Spott und Schmähung[444]), bald aber auch durch die Berufung auf die vulgäre aequitas oder auf die utilitas oder auch auf die boni mores[445]), da doch der Autorität die andere Autorität entgegentrat, die petitio principii nach beiden Seiten hin zu Gebote ſtand, die Schmähung auch von dem Gegner verwendet wurde[446]), die aequitas und utilitas ſo häufig ſich widerſtritten[447]) und die boni mores ſo für das eine, wie für das andere Princip je nach Verſchiedenheit des Falles ſprachen.

So daher konnte eben nur die individuelle Anſicht des Richters, deſſen ſubjectives Meinen in Sachen der Billigkeit oder deſſen Abhängigkeit von fremder Autorität im concreten Falle die Entſcheidung beſtimmen[448]), daher auch Cicero im

443) Auct. ad Her. II, 9, 13. 10, 14. de Orat. I, 39, 180. 57, 245 fg. Brut. 52, 159 fg. p. Balb. 19, 45 fg. p. Caec. 18, 53. 19, 54. 23, 65. 24, 66. 27—28.

444) So indem man das Princip des rigor an ſich und in ſeiner Anwendung im Allgemeinen als eine captio (A. 392) bezeichnete: Cic. Brut. 53, 198. p. Caec. 14, 40. (ſ. § 21 unter 3), oder auch als eine calumnia qualificirte, ſo Cic. p. Caec. 23, 65: tum ad istam orationem (sc. qua dicunt iuris consultorum auctoritati obtemperari non oportere) decurrunt, cum se in causa putant habere aequum et bonum, quod defendant; — — tum illud, quod dicitur „Sive, nive“ irrident, tum aucupia verborum et litterarum tendiculas in invidiam vocant; tum vociferantur ex aequo et bono, non ex callido versutoque iure rem iudicari oportere, scriptum sequi calumniatoris esse, boni iudicis voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere; u. A. m. (ſ. A. 162); vgl. auch Cic. p. Mur. 11, 25. fg., ſowie A. 474[a].

445) Daher empfiehlt Cic. Part. Or. 29, 101. den Oratoren die aequitas opponenda als beſonderen defensionis status an; vgl. de Inv. II, 46, 136. Im Uebrigen ſ. § 9. 21. 24. vgl. Beil. XVII § V unter b. § VI unter bb. § VII unter a. § VIII unter a.

446) Qu. Muc. bei Cic. Brut. 52, 196: quam captiosum esset populo, quod scriptum esset, neglegi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervortere; Cic. de Inv. II, 45, 134. ſ. § 9 unter 4.

447) Cic. de Off. III, 22, 80: male etiam Curio, cum causam Transpadanorum aequam esse dicebat, semper autem addebat: „Vincat utilitas.“

448) Cic. p. Caec. 28, 80 ſagt: semper — id (sc. vel verbum et scriptum

Proceſſe des Caecina (27, 77) die Principfrage ſelbſt als eine noch ungelöſte dem Richter vorlegt:

iuris rem et sententiam et aequitatem plurimum valere oportere, libidinis verbo ac littera ius omne torqueri, vos statuite, recuperatores, utrum utilius esse videatur!

Und indem nun ſo das Leben und der Geſchäftsverkehr beim Streitfalle dem unberechenbaren Zufalle Preis gegeben und auf ein reines Glücksſpiel hingewieſen waren, ſobald der Proceß das Gebiet des Principienſtreites berührte oder auf ſolchen ſich hinüberſpielen ließ[449]), ſo wendete ſich nun in ſolcher Noth und Verlegenheit der Lebensverkehr an die Juriſten mit der Conſultation, ob im betreffenden Falle die aequitatis oder verbi ratio maaßgebend ſei[450]). Allein die Jurisprudenz dieſer Zeit war, wie bemerkt, noch zu weit von einer communis opinio virorum doctorum entfernt, die erforderlich war, um der Stimme Jener das erforderliche Gewicht zu verleihen und die ausreichende Autorität, ſelbſteigen den Principienſtreit in abstracto und endgültig zu entſcheiden, indem nicht allein in dem Kreiſe der juriſtiſchen Autoritäten die beiden entgegenſtehenden Principien Vertretung fanden (§ 51), ſondern auch bei den Vertretern der aequitas der Mangel einer conſequenten Durchführung dieſes Principes und ſomit ein Schwanken und eine Unſicherheit ſich kund giebt[451]), welche durch die Neuheit der Anwendung dieſes Principes im römiſchen Rechtsverkehre, wie durch den Einfluß der Schriften älterer, den rigor vertretender Juriſten herbeigeführt ward.

Wohl aber weiſen in der That einzelne ſignificante Spuren darauf hin, daß bereits jetzt die Volksanſchauung dem Principe

---

vel aequi bonique rationem) valuisse plurimum, quod in se auctoritatis habuisset aequitatisque (im vulgären Sinne) plurimum.

449) Nach Cic. de Orat. I, 38, 173 iſt in allen Proceſſen die Streitfrage entweder de facto (Thatfrage) oder de aequitate ac iure (Rechtsfrage); und ſo nun auch Latro nach Sen. Contr. I, 1, 13: Latro duas quaestiones fecit: divisit in ius et aequitatem: an abiudicari possit, an debeat abiudicari.

450) Cic. p. Caec. 23, 65. 24, 66. 28, 79. 80.

451) So bei Serv. Sulpic. (ſ. A. 455) in Lab. 2 Post. (D. XXXIII, 4, 6. pr.) ſ. A. 174c; Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40. § 1) und Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. L, 16, 122) ſ. § 23. Vgl. auch A. 641.

der aequitas ſich zuwendete und dieſes als das billige und billigenswerthere auffaßte: denn ſignificant iſt vor Allem die bereits jetzt allgemein adoptirte Bezeichnung der voluntatis ratio als aequitas (Thl. I § 8), worin deren Uebereinſtimmung mit der vulgären aequitas oder Billigkeit und den entſprechenden Anſchauungen des Volksgeiſtes auf das Deutlichſte bekundet wird (Thl. I § 6); und ſodann trifft der Vorwurf der calumnia, mit welchem man in dieſem Principienſtreite operirte (A. 444), vornämlich das Princip des rigor (A. 474a).

§ 51.

Fortſetzung.

(Die Controverſe über die Geltung je von rigor und aequitas in der Praxis).

In § 50 legten wir dar, wie wenig ebenſo die Rhetorik, als auch die Jurisprudenz dieſer Periode die Aufgabe löſten, auf theoretiſchem Wege und durch eine durchſchlagende, ſei es ſpeculative, ſei es praktiſche Beweisführung eine Entſcheidung des obſchwebenden Principienſtreites zu Gunſten je des einen der beiden Principien herbeizuführen. So daher wäre eine Löſung des Conflictes Seitens der Wiſſenſchaft nur möglich geweſen durch das Gewicht der perſönlichen Meinung der Vertreter und Spitzen der Wiſſenſchaft, in der Weiſe, daß dieſelben durch ihre maaßgebende Autorität dem von ihnen vertretenen Principe den Sieg in der Praxis verſchafft hätten.

Hierfür waren nun allerdings ungeeignet die Oratoren: denn die Stellung des Orator als Parteianwalt bedingte, daß derſelbe für das je den Intereſſen ſeiner Partei dienliche Princip die maaßgebende Geltung in Anſpruch nahm, und demgemäß finden wir denn in der That, wie der nämliche Orator in dem einen Proceſſe für die iustitia, und in dem anderem wieder für die aequitas als Vorkämpfer eintritt, ſo indem L. Licinius Crassus in dem Proceſſe des Orata wider den Gratidianus die iustitia, dagegen in der causa Curiana die aequitas vertritt[451a]), und gleichermaaßen Cicero in dem unten zu be-

451a) Thl. I § 10 und in letzterer Beziehung insbeſondere Cic. Brut. 38, 143. 39, 144.

irchenden Proceſſe des Oppianicus wider den Cluentius auf die iustitia, dagegen in dem Proceſſe des Tullius wider den Fabius auf die aequitas ſich ſtützt (Thl. I § 10), ja in dem Proceſſe des Caecina wider den Aebutius zugleich ebenſo der iustitia, wie der aequitas ſich bedient [452]).

Wohl aber lag es in der Hand der Juriſten, durch eine communis opinio jene Controverſe zu erledigen und dem einem Principe die unbeſtreitbare Geltung zu erringen. Allein auch in dieſen Kreiſen begegnen wir an Stelle der Uebereinſtimmung einem Zwieſpalte, der die Wortführer der Wiſſenſchaft in zwei oppoſitionelle Gruppen ſcheidet. Denn ſo treten in den Quellen hervor als Vertreter der iustitia P. Mucius Scaevola Pont. und deſſen Sohn, der Qu. Mucius Pont. [453]), dagegen als Vertreter der aequitas Qu. Mucius Scaevola augur, Ser. Sulpicius Galba [454]), C. Aquilius Gallus, C. Trebatius Testa und Ser.

---

452) Thl. I § 11: der iustitia bezüglich der Clauſel unde deiectus est, der aequitas bezüglich des Wortes deiicere. Ebenſo ſteht auf dem Standpunkte der aequitas die Bemerkung in p. Flacc. 39, 98: semper graves et sapientes iudices in rebus iudicandis, quid utilitas civitatis, quid communis salus, quid rei publicae tempora poscerent, cogitaverunt.

453) P. Mucius: Cic. de Orat. I, 57, 244: ipse ille Mucius (sc. Qu.) paterni iuris defensor et quasi patrimonii propugnator sui; Brut. 52, 197. vgl. de Orat. I, 56, 240. — Qu. Mucius: Cic. de Orat. I, 57. cit. Brut. 39, 145. 53, 197. vgl. Cic. p. Caec. 28, 79; a verbo — posse recedi non arbitrabatur und dann das bezügliche Reſponſum ſelbſt in § 80, wo zwar der Reſpondent nicht namentlich genannt iſt, nach c. 24 aber es keinem Zweifel unterliegen kann, daß Qu. Mucius gemeint iſt. Cicero hatte nämlich in der Rechtsſache des Cäcina verſchiedene Juriſten conſultirt, welche ſämmtlich zu Gunſten deſſelben reſpondirt hatten und zwar Scaevola auf Grund des Princips der iustitia, die Uebrigen auf Grund der aequitas; dieſe Autoritäten hatte nun der Gegner Piso angegriffen: p. Caec. 23, 65 und zwar ebenſo die Vertreter der aequitas: 24, 68, als auch den Scaevola, und zwar den Letzten unter Hinweis darauf, daß derſelbe auch in der causa Curiana mit ſeinem Principe der iustitia unterlegen ſei: 24, 67. Dieſen Theile der Vertheidigungsrede des Piso tritt nun Cic. p. Caec. 23, 65 fg. entgegen; vgl. Thl. I § 11. Vgl. auch Pomp. 9 ad Qu. Muc. (D. XXXIV, 2, 34. § 1) in § 29.

454) Der Erſtere ertheilte in der causa Curiana ein responsum secundum aequitatem: Cic. p. Caec. 24, 69. de Orat. I, 57, 242, vom Letzteren wird Gleichartiges berichtet bei Cic. de Orat. I, 56, 240.

Sulpicius Rufus[455]), Qu. Aelius Tubero und Alfenus Varus[456]), denen auch Cicero beizuordnen iſt, inſofern derſelbe in ſeinen philoſophiſchen Werken als Vertreter der aequitas ſich bekennt[456a]).

So nun treten die Folgen dieſes Sachverhaltes in der Rechtspraxis dieſer Periode auf das offenſte zu Tage: zunächſt die Richter, als Männer aus dem Volke im Allgemeinen unbefähigt, mit wiſſenſchaftlichen Mitteln ſelbſteigen jenen Principienſtreit zu entſcheiden, und anderentheils ebenſo von der Theorie im Stiche gelaſſen (§ 50), wie zwiſchen diſſentirende Autoritäten und Reſponſen geſtellt[457]), vermögen nicht eine conſtante Spruchpraxis herzuſtellen und, indem dieſelben in den verſchiedenen Proceſſen je einem anderem Principe die maaßgebende Geltung zuerkennen, ſo werden ſie ſelbſt zu Organen des Principienſtreites und erheben denſelben zu praktiſchem Effect für den bürgerlichen Verkehr. Denn ſo ſiegt in dem Proceſſe des Orata wider den Gratidianus die iustitia (Thl. I A. 20), während in der causa Curiana und dem Rechtsſtreite des Caecina die aequitas den Sieg davon trägt (Thl. I A. 18. 24).

Den Parteien ſelbſt aber bot in Folge deſſen jener Principienſtreit die günſtigſten Chancen, denſelben zu eigenen Gunſten

---

455) Wegen Aquilius: Cic. p. Caec. 27, 77—79. — Wegen Trebatius ſ. Proc. 2 Epist. (D. XXXIII, 6, 15) und 3 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 6, 16. pr.) in § 21; Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40. § 4. 5) in A. 174c und § 24; Jav. 6 ex Post. Lab. (D. XXIV, 3, 66. § 2) in A. 409a; Venul. 1 Interd. (D. XLIII, 23, 2) in § 22. — Ueber Serv. Sulp., deſſen Studienort Rhodus (Cic. Brut. 41, 151) wegen des Einfluſſes der griechiſchen Rhetorik beachtlich iſt: Cic. Phil. IX, 5, 10 fg., vgl. auch Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2) in § 28 unter c, Pomp. 2 ad Sab. (D. V, 1, 80) in A. 174a, ſowie Schneider, de Ser. Sulp. Rufo I, 48. Piderit zu Cic. de Or. p. XXV.

456) Wegen Tubero vgl. Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2. in § 28 unter c) und Paul. 2 ad Vit. (D. XXXIV, 2, 32. § 1) vgl. auch Lab. 2 Poster. a Jav. epit. (D. XXXII, 1, 29. § 4 in § 24. XXX, 6, 7. XXXV, 2, 40. § 5), P. H. S. Vader, de Q. Ael. Tub. Lugd. Bat. 1824. p. 37 sq. — Wegen Alfen. ſ. 2 Dig. (D. XXX, 1, 6) in § 22; 4 Dig. (D. XVIII, 1, 40. § 1. 3) in A. 409a und daſ. (D. X, 4, 19); 5 Dig. (D. XXXV, 1, 27) in A. 174b; 7 Dig. (D. XL, 1, 7).

456a) So de Off. I, 10, 33. III, 17, 68 fg.

457) A. 443 und Cic. de Orat. I, 56, 239 fg. vgl. auch A. 453.

möglichſt auszubeuten, daher denn nun in der Gerichtspraxis der gegenwärtigen Periode eine verhältnißmäßig ſo bedeutende Zahl von Proceſſen überliefert wird, in denen jener Principienſtreit zu Tage tritt. Denn ſo macht ſich derſelbe geltend bei scriptum et voluntas in der causa Curiana, in dem Proceſſe des Orata wider den Gratidianus, des Tullius wider den Fabius (Thl. I § 10), ſowie des Oppianicus wider den Cluentius; bei ambiguitas ſodann in dem Proceſſe des Aebutius wider den Caecina hinſichtlich des Wortes deiicere (Thl. I § 11), ſowie bei ratiocinatio in dem Proceſſe über den Nachlaß des Malleolus, wie in dem Erbſchaftsſtreite zwiſchen den patriciſchen Claudiern und den claudiſchen Marcellern.

Und zwar, was zunächſt die accusatio de iudicio publico corrupto des Oppianicus wider den Cluentius v. J. 688 betrifft, ſo ſtützte ſich dieſe auf die lex Cornelia de sicariis et veneficis v. J. 673, welche in ihrem Abſchnitte de iudiciis publicis corruptis nach Cic. p. Cluent. 54. 57, 157 dahin lautete:

Deque eius capite quaerito, qui tribunus militum legionibus quattuor primis quive quaestor, tribunus plebis etc. [est] quive magistratum habuerit inve senatu sententiam dixit, dixerit, qui eorum coiit, coierit, convenit, convenerit, consensit,] consenserit falsumve testimonium [dixit,] dixerit, quo quis iudicio publico condemnaretur [458]).

Und zwar ſtand dieſe Vorſchrift des Geſetzes, welche die Magiſtrate und Senatoren mit Strafe bedrohte, wiederum in Zuſammenhang mit der lex Cornelia iudiciaria v. J. 673, wonach das Richteramt in den quaestiones perpetuae ausſchließlich den Senatoren überwieſen worden war, was dann ſpäter durch die lex Aurelia v. J. 684 dahin abgeändert wurde, daß neben den Senatoren auch die equites und tribuni aerarii zur Richterfunction berufen wurden [459]).

458) Vgl. J. C. van Assen, de Cic. p. Cluent. Franeq. 1809. S. 131 fg. Sanio, ad leg. Corn. de sic. XIX fg. Rein, Crim. Rt. 410 fg. Zumpt, Crim. Rt. II, 2, 27 fg. Die Auffaſſung des Letzteren über den obigen Streitpunkt S. 32 fg. iſt ebenſo unklar und actenwidrig, wie die Anſicht Rein's S. 412 viel zu weit gehend; vgl. auch Drumann, Geſch. Roms V, 370 fg.

459) Geib, röm. Crim. Pr. 199 fg.

Im J. 688 ward nun von dem jüngeren Oppianicus wider den Ritter A. Cluentius eine accusatio wegen iudicium publicum corruptum auf Grund des obigen Abſchnittes der lex Cornelia erhoben, wobei T. Attius, der Anwalt des Oppianicus, die Anklage auf die Argumentation ſtützte: Sulla hat mit jenem Paragraphen das angegebene Verbrechen bedrohen wollen, dafern ſolches von einem Magiſtrate oder einem iudex quaestionis verübt ward, iudices quaestionis ſind aber unter anderen auch die equites, folglich betrifft jenes Geſetz auch den Cluentius.

Cicero dagegen als Anwalt des Letzteren ſtellt p. Cluent. 54 dem entgegen: Sulla hat mit jenem Geſetze ausſchließlich die Magiſtrate und Senatoren bedroht, nicht auch die equites, folglich betrifft das Geſetz den Cluentius nicht.

Somit ſtehen entgegen die intentio: die lex Cornelia de iud. publ. corr. bindet auch die equites, und die depulsio: dieſe lex bindet nur Magiſtrate und Senatoren, woraus nun die quaestio ſich ergiebt: bindet dieſe lex auch die equites? Der status aber, dem dieſe quaestio unterfällt, iſt das scriptum et voluntas, ſich ergebend aus den beiden Poſitionen der voluntas einerſeits: Sulla wollte alle iudices quaestionis binden, und des verbum andrerſeits: Sulla hat allein Magiſtrate und Senatoren gebunden.

Indem ſich nun Attius auf die aequitas ſtützt, bedient er ſich hierbei der Rechtfertigungsgründe: indignum esse facinus, si senator iudicio quempiam circumvenerit, legibus eum teneri, si eques Romanus hoc idem fecerit, non teneri (§ 144), und: iniquum esse non isdem legibus omnes teneri (§ 150).

Cicero dagegen auf die iustitia ſich ſtützend, ſtellt in c. 52 fg. jenem erſteren Argumente Folgendes entgegen: ut tibi concedam hoc indignum esse, — — tu mihi concedas necesse est multo esse indignius in ea civitate, quae legibus contineatur, discedi ab legibus. Hoc enim vinculum est huius dignitatis, qua fruimur in re publica, hoc fundamentum libertatis, hic fons aequitatis. Mens et animus et consilium et sententia civitatis posita est in legibus: ut corpora nostra sine mente, sic civitas sine lege suis partibus, ut nervis et sanguine et membris uti non potest. Legum ministri

magistratus, legum interpretes iudices, legibus denique idcirco omnes servimus, ut liberi esse possimus (§ 146); und dem zweiten Argumente des Attius: ut id iniquissimum esse confitear, eiusmodi est, ut commutatis eius opus sit legibus, non ut his, quae sunt, non pareamus (§ 150); und ähnlich in § 155. 157 [460]).

Diese ganze Ausführung aber stützt sich vornämlich auf die Principfrage: Cicero geht weniger auf die Frage ein, welche Willensmeinung der Gesetzgeber bei Erlaß des Gesetzes gehabt habe (vgl. jedoch Beil. XVII § IV unter c.), sondern stützt sich überwiegend auf den Principsatz: der Gesetzgeber hat die Ritter nach den Worten des Gesetzes durch solches nicht gebunden, folglich sind Jene nach dem Gesetze auch nicht verhaftet.

Sodann der Proceß über den Nachlaß des Malleolus v. J. 653[461]) beruht auf folgendem Thatbestande: Publicius Malleolus, der erste Muttermörder in Rom, testirt nach seiner Ergreifung im Gefängnisse; nach seiner Hinrichtung treten die Testamentserben die Erbschaft an, wogegen der Bruder desselben die legitima agnatorum hereditas petirt, unter der Deduction, der Muttermörder sei quasi furiosus, daher ihm nach Analogie des betreffenden XII Tafelgesetzes über die cura furiosi die testamentifactio fehle. Demnach stützt sich dieser Erbanspruch durchaus auf eine künstliche Subsumtion des matricida unter den Begriff von furiosus, somit also auf eine ratiocinatio.

Endlich in dem Processe zwischen den patricischen Claudiern und den claudischen Marcellern [462]) über den Nachlaß des Sohnes eines von einem Marceller Freigelassenen beanspruchen die patricischen Claudier als gentiles des defunctus die hereditas, während die Marceller ein Intestaterbrecht als quasi agnati oder etwa auch als quasi patroni geltend machen, jedenfalls somit auf eine ratiocinatio sich stützen.

Indem aber bei allen derartigen Processen eine Chance des Gewinnes für diejenige Partei gegeben war, welche auf die

460) Vgl. § 9. Beil. XVII. § IV.

461) Auct. ad Her. I, 13. Cic. de Inv. II, 50, 148 fg. Victorin. in h. l. p. 299. H. vgl. Epit. Liv. 68. Oros. V, 16.

462) Cic. de Orat. I, 39, 176. vgl. Voigt, de causa heredit. inter Claud. patric. et Marcell. acta. Lips. 1858.

iustitia ſich ſtützte, ſo lag nun auch im rechtsgeſchäftlichen Verkehre die Verſuchung nahe, das Wort in captiöſer Weiſe auszubeuten und ſo durch chikanöſen Proceß einen Gewinn zu erlangen von dem Mitpaciſcenten, der arglos und ohne genügende Vorſicht das deutungsfähige Wort verwebet hatte. Und hierfür wiederum bietet ein treffliches Beiſpiel der Proceß des L. Fufius wider den M. Buculeius[463]). Buculeius nämlich, welcher zwei benachbarte Grundſtücke beſaß und eines derſelben an den Fufius verkaufte, conſtituirte zu Gunſten des letzteren Grundſtückes eine servitus luminum, welche er dem in ſeinem Eigen verbliebenen Grundſtücke durch die lex mancipii auferlegte: lumina, uti nunc sunt, ut ita sint. Auf die über ſolche Abſicht der Contrahenten hinausgehende weitere Wortfaſſung dieſer Clauſel ſtützte ſich nun Fufius, um auf Grund des Umſtandes, daß durch den Neubau auf einem ganz fremden, dritten Grundſtücke die Ausſicht aus ſeinem neuerkauften Hauſe verändert wurde, aus dem XII Tafelgeſetze über die Präſtation des duplum bei Nichterfüllung der lex mancipii Klage wider den Buculeius zu erheben. Dieſe Klage aber beruht, wie geſagt, auf reiner captio: es konnte nicht dem entfernteſten Zweifel unterliegen, daß jene lex mancipii nur das im Eigenthum des

---

463) Cic. de Orat. I, 39, 179: M. Buculeius — — cum aedes L. Fufio venderet, in mancipio lumina, uti tum essent, ita recepit. Fufius, simul atque aedificari coeptum est in quadam parte urbis, quae modo ex illis aedibus conspici posset, egit statim cum Buculeio, quod, cuicunque particulae coeli officeretur, quamvis esset procul, mutari lumina putabat. In der Auffaſſung dieſer Stelle folge ich mit (C. F. Freiesleben) Verſ. einer Zuſammenſtellung der in Cicero's Schriften vorkommenden bürgerl. Proceßfälle, Leipz. 1835. S. 21 der Auffaſſung von Eichſtädt, de servitute luminum II. Jen. 1820; dieſem wendet Rein, Priv.-Rt. 322 A. 2 tadelnd ein, die Annahme ſei unnöthig, daß Bucul. zwei Häuſer beſeſſen und durch die Mancipation das eine mit der Servitut neu belaſtet habe; vielmehr habe derſelbe lediglich ein mit einer Servitut berechtigtes Haus verkauft. Allein dieſfalls entſteht das Bedenken, daß theils die Quellen nicht die Praxis bekunden, in der lex mancipii eine bereits beſtehende Servitutenberechtigung beſonders zu garantiren, und daß ſodann durch die obige Clauſel nach juriſtiſchem Sprachgebrauche eine neue Servitut conſtituirt, nicht aber eine beſtehende Servitutenberechtigung garantirt wird. Im Uebrigen iſt ſolche Differenz für die obige Principfrage irrelevant.

Buculeius zurückgebliebene, nicht aber alle anderen benachbarten Grundstücke der Servitut unterwarf, welche dem von Fufius erkauften Grundstücke bestellt wurde, um so weniger, als ja dem Buculeius Macht, wie Recht mangelten, solche Belastung auf fremder Leute Grundstücke zu legen; allein die Fassung jener lex privata sprach in der That zu Fufius' Gunsten: jene Clausel garantirte den Worten nach dem fufischen Grundstücke den Status quo der Lichtverhältnisse nicht bloß gegenüber einem bestimmten Grundstücke, sondern unbedingt und allgemein und ohne welche räumliche Beschränkung[464]). Die Streitfrage lief somit auf eine definitio der lex: lumina, uti nunc sunt, ut ita sint hinaus.

§ 52.

Die Relevanz der die Willensbestimmung bei den Rechtsacten beeinflussenden error, dolus und vis.

Die gegenwärtige Periode bekleidet dolus und vis, insofern solche die Willensbestimmung bei Rechtsacten beeinflussen, ganz allgemein mit Relevanz. Dieser Proceß vollzieht sich in der Hauptsache in zwei verschiedenen Phasen: zuerst wird der vis und fraus ein juristischer Effect beigelegt bei den arbitria oder bon. fid. actiones, worauf sodann das prätorische Edict für die Rechtsacte im Allgemeinen gleiche Relevanz-Erklärung, obwohl mit anderen Hülfsmitteln ausspricht. Wie indeß gerade jene erstere Thatsache erkennen läßt, daß von Anfang an durch einen sehr bemerkenswerthen, obwohl historisch leicht erklärlichen Proceß der Gegensatz der Relevanz und Irrelevanz von vis und dolus sich abhebt von den hier maaßgebenden beiden centralen Größen des solennen und des unsolennen Rechtsactes, vielmehr an einen anderen centralen Gegensatz sich anknüpft, welcher selbst der Sphäre von Princip III und V angehört: von arbitrium nämlich und von iudicium, so entspricht nun dieser rein äußerlichen Thatsache auch ein Moment von innerer und principieller Tragweite: vis und fraus erlangen Relevanz

464) Cic. l. c. führt die obige Conception jener Clausel auf einen error des Buculeius zurück: Buculeius — — simili quodam modo nuper erravit.

bei dem arbitrium nicht nach Maaßgabe des hier erörterten Princips der voluntatis ratio, ſomit nicht wegen ihrer die Willensbeſtimmung entſtellenden Einwirkung, als vielmehr nach Maaßgabe des Principes nemo cum damno alterius locupletior fieri debet, ſomit wegen der durch ſie vermittelten, der bona fides widerſtreitenden und ſomit ungerechtfertigten Vermögensſchädigung des Mitintereſſenten. Mit anderen Worten: mit jener Vertauſchung der Stütz- und Anknüpfungspunkte der betreffenden Rechtsordnung geht Hand in Hand eine Verſchiebung des leitenden theoretiſchen Geſichtspunktes ſelbſt jener Relevanz-Erklärung: vis und dolus werden dabei reprimirt nicht von Geſichtspunkte aus einer Wahrung und Sicherſtellung der Wahrheit der für den unſolennen Rechtsact maaßgebenden Willensbeſtimmung, als vielmehr des Schutzes der Perſon wider eine der fides widerſtreitende und ſomit bei der bon. fid. a. relevante Schädigung der Vermögensintereſſen durch denjenigen, welcher die vis oder fraus übte.

Dieſen leitenden Geſichtspunkt behielt aber auch, wie in § 30 dargelegt, das honorariſche Recht bei, indem es, wie obbemerkt, vis und dolus bei den Rechtsacten im Allgemeinen mit Relevanz bekleidete: denn auch die honorariſchen Rechtsmittel wegen vis und dolus erfordern als ein weſentliches Merkmal des ſie erzeugenden Thatbeſtandes eine Vermögensſchädigung des durch vis oder dolus Betroffenen (A. 198. 199) und treten damit über auf jenen letzteren Geſichtspunkt, die durch vis und dolus vermittelte Vermögensſchädigung, nicht aber die dadurch vermittelte Willensſtörung zu reprimiren.

Wenn demnach in allen den obigen Beziehungen die Relevanz von vis und dolus nicht dem Geſichtspunkte des hier betrachteten Princips: der voluntatis ratio, als vielmehr dem in Buch II darzuſtellenden Principe nemo cum damno alterius locupletior fieri debet unterfällt, ſo bedingt nun dieſe hiſtoriſch gegebene Ordnung für uns die Conſequenz, daß wir die geſchichtliche Darſtellung der Relevanz von vis und dolus, inſoweit ſolche auf den Geſichtspunkt einer Reparation der Vermögensſchädigung ſich ſtützt, von der Darſtellung dieſes Buches gänzlich ausſchließen, ſolche vielmehr nach Buch II verweiſend.

Erſt mit der nächſten Periode geſchieht es, daß der vis und

dem dolus ein Relevanz beigemeſſen wird, welche auf dem Fundamente unſeres Princips ſteht (ſ. § 30), in dem Falle nämlich, wo vis und dolus die Willensbeſtimmung bezüglich des Teſtamentes beeinfluſſen (§ 59).

Dagegen der error in der Willensbeſtimmung bei Rechtsacten wird überhaupt erſt in der nächſten Periode mit Relevanz bekleidet[467]) und folgt hierbei durchaus den obigem, für vis und dolus maaßgebenden Geſichtspunkten: bei Rechtsacten unter Lebenden erfordert ſolche Relevanz als weſentliche Vorausſetzung eine Vermögensſchädigung des Irrenden (A. 200) und tritt ſomit über in die Sphäre des im Buch II zu behandelnden Princips, wogegen der error beim Teſtamente, ſolche Vermögensſchädigung des Irrenden nicht erfordernd und ſomit der Sphäre unſeres Princips anheimfallend, in § 59 zur Darſtellung gelangen wird.

§ 53.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanſchauung und dem Lebensverkehre.

In der Geſchichte dieſes Zeitraumes ſind es zwei Momente, welche die epochemachenden Ereigniſſe bilden: einmal der Uebertritt gewiſſer bisher durch die mores allein geregelter und lediglich auf fides ſtehender unſolenner Geſchäfte in die Rechts-

467) Allerdings begegnen wir einer theoretiſchen Behandlung des error in der Willensbeſtimmung bei den veteres, nämlich des error in qualitate bei denjenigen bon. fid. contractus, welche eine Veräußerung oder die entgeltliche Uebertragung von Nutzungsbefugniſſen vermitteln, ſo namentlich bei emtio venditio und locatio conductio. Allein die Rechtswiſſenſchaft trat hier nicht mit einer ſelbſtändigen Theorie von der Relevanz des error auf und maaß nicht unmittelbar demſelben eine ſolche bei, als vielmehr ſie ſtellte ſolche Relevanz auf mittelbare Weiſe feſt, nämlich auf dem Wege, daß ſie die geſetzlich obliegende Verpflichtung des Verkäufers, wie locator, Fehler des Kauf- oder Miethobjectes dem emtor, wie conductor anzuzeigen, aufhob für den Fall, daß dem Letzteren die scientia jener Fehler innewohne, oder vielmehr daß ſie der auf Vernachläſſigung jener Pflicht geſtützten a. redhibitoria oder quanti minoris oder emti oder conducti eine auf dieſe scientia geſtützte exc. doli oder defensio ipso iure entgegenſtellte. Alles dies beruht jedoch hiſtoriſch nicht auf dem Geſichtspunkte der Repreſſion des error, als vielmehr der poena reticentiae, worauf in Buch II zurückzukommen iſt.

ſphäre, ſo namentlich zuerſt der emtio venditio, der traditio und mutui datio, ſomit der Eintritt des hier fraglichen aequum et bonum in das ius, vermittelt durch die consuetudo und, als deren Organ, durch die Interpretatio; und ſodann der Uebergriff der aequitas in die Sphäre des rigor und ſomit deſſen Beeinträchtigung und Beſchränkung, allerdings erſt in leiſen und vereinzelten Spuren, gleich als eine erſt noch zu verwirklichende Tendenz hervortretend. (§ 46).

Was zunächſt nun jenen erſteren Moment betrifft, ſo iſt deſſen hiſtoriſches Motiv, wie Triebkraft in dem Machtverfalle der fides gegenüber dem geſchäftlichen Verkehre zu finden: indem in dem gegenwärtigen Zeitabſchnitte in den Geſchäftsverkehr zu Rom peregrine Elemente eintraten (Thl. II § 74 fg.), welchen die römiſche fides fremd war, ſo namentlich Hellenen und Punier (A. 335. 336), wie Etrusker und Latiner, ſo mußten nun für ſolchen Verkehr Garantieen gewonnen werden, welche kräftiger und ausreichender eine friedliche und geregelte Ordnung im Allgemeinen, wie insbeſondere eine höhere Sicherheit für Erfüllung der obliegenden Verpflichtungen Seitens des Schuldners darboten, als ſolche durch das Geſetz der bürgerlichen Sitte allein gegeben waren: und derartige Garantieen konnten lediglich in dem Rechte gefunden werden. Und dem entſpricht, daß in der That der Uebertritt jener Geſchäfte in die Rechtsſphäre in der Bildung des privatrechtlichen ius gentium ſich vollzieht.

Und hierzu geſellt ſich ſodann gegen Ausgang dieſer Periode ein Verfall der in § 39 fg. dargelegten alten Fundamente der römiſchen fides ſelbſt, welcher wenigſtens bei der hauptſtädtiſchen Bevölkerung in unverkennbaren Spuren zu Tage tritt: wie der altrömiſche Volkscharacter mehr und mehr ſich verwiſchte, ſo ward insbeſondere die Gewiſſenhaftigkeit und Treue aus einer allgemeinen, nationalen Tugend mehr und mehr zur prärogativen Eigenſchaft des redlichen Mannes; hiermit aber verlor zugleich das Geſetz der bürgerlichen Sitte und die Stimme der gemeinen Meinung in ihrer Anforderung auf Erfüllung der auf fides ſtehenden Verbindlichkeit an Einſtimmigkeit und damit an Gewicht[468]);

468) Die Schriften dieſer Periode ſind voll der Klagen über den Ver-

und endlich dem Moralgeſetze: den von der Staatsreligion getragenen ſittlichen Ideen ward das altüberlieferte ſichere Fundament entzogen, indem die Empfänglichkeit und das Verſtändniß für die alten Religionsſatzungen und der alte Götterglaube ſelbſt mehr und mehr dem Römerthum verloren gingen[469]) und ſo nun insbeſondere auch die Heilighaltung des Eides zu wanken begann[470]).

Dahingegen das Uebergreifen der aequitas in die Sphäre des rigor bekundet eine Schwächung der Herrſchaft des Letzteren, welche ſelbſt wieder darin ihren Grund hat, daß gegenwärtig bereits die in § 44 dargelegten Nachtheile deſſelben immer fühlbarer ſich geltend machten. Und zwar indem der rigor eine durchaus ſorgliche Conception des Rechtsactes bedingt, damit ebenſo kein Verſtoß wider die gegebene Rechtsformel begangen, wie aber auch die Willensbeſtimmung in correcteſter und erſchöpfendſter Weiſe verlautbart werde, ſo nöthigte er von vornherein Jeden, der nicht die Kenntniß der Rechtsformeln und zugleich die Fertigkeit und Sicherheit des präciſen Ausdruckes der Gedanken beſaß, ſeine Zuflucht zu den cautores zu nehmen, um von dieſen das Geſchäftsformular redigiren zu laſſen. Je reicher aber in dieſer gegenwärtigen neuen Culturperiode das Leben und der Verkehr zu immer neuen Bedürfniſſen und Geſtaltungen ſich entwickelten, je zahlreicher damit neue Verkehrsbewegungen und Geſchäftsverhältniſſe zu Tage traten, wie

---

fall der altväteriſchen Sitten im Allgemeinen, im Beſonderen aber über den Verfall der alten fides der Väter: § 39. Den Vorwurf des Verfalles von Treu und Redlichkeit im Verkehre ſpricht insbeſondere aus Plaut. Aul. II, 2, 81 fg.: scio quo vos soleatis pacto perplexier: | pactum non pactum est, non pactum pactum est, quod vobis lubet d. h. an die nicht juriſtiſchen Vereinbarungen bindet ihr Euch nicht mehr.

469) Marquardt, Handb. IV, 63 fg.

470) Vgl. z. B. Plaut. Rud. V, 3, 17. fg. prol. 13 fg. Die Philoſophen untergruben durch ihre Lehrſätze die Grundlagen der bindenden Kraft des Eides, den Glauben, daß die Verletzung deſſelben eine Wiedervergeltung des Schwurgottes wach rufe: Cic. de Off. III, 28 fg. Auch nach Cic. cit. ſelbſt in c. 29 ſind nicht Furcht und Ehrfurcht vor den Göttern, ſondern allein iustitia und fides die Bindemittel des Eides. Nicht minder gefährlich iſt die Theorie, daß der Eid nur dann binde, wenn er ſo geſchworen iſt, ut mens conciperet fieri oportere: Cic. cit. 29, 107.

neue Klagen geſchaffen wurden, je vielſeitiger und weitergreifend endlich die Lebensintereſſen wurden und je mehr dieſelben künſtlicher und verwickelter ſich geſtalteten, um ſo mehr wuchs nun die Zahl der Geſchäfts- und Klag-Formeln[471]), um ſo mehr wurde deren Redaction eine Sache techniſcher Kunſt und wohlerfahrener Routine[472]), um ſo abhängiger wurde ſomit der Lebensverkehr in immer weiteren Kreiſen von der Beihülfe der cautores. Dies aber mußte für mannichfache Beziehungen des geſchäftlichen Verkehres als eine geradezu unerträgliche Hemmung und Beläſtigung empfunden werden. Namentlich aber für den regeren und ſchwunghafteren, raſcheren und ausgedehnteren Geſchäftsverkehr, der im Gefolge des zu Rom erblühenden Handels ſich entwickelte, erwies ſich der rigor als viel zu beſchwerend und hemmend, daher nun in der That von dieſem Zeitpunkte ab deſſen Zurückweichen beginnt.

Sodann war das Princip des rigor an ſich ſchon angelegt ebenſo zur Silbenſtecherei in dem Rechtsverkehre, ja zur ſpitzfindigen Mißhandlung des Geiſtes der Sprache ſelbſt, wie auch

---

471) Das große Inventar an Formularen, mit welchem die ausgehende Republik wirthſchaftete, um danach gleich als Vorlagen die verſchiedenen Rechtsgeſchäfte, wie Klagen je nach der Beſonderheit ihres Inhaltes ſicher und bequem zu redigiren, erhellt theils aus der großen Zahl von bezüglichen Sammlungen (A. 482), theils wird es bezeugt von Cic. p. Rosc. Com. 8, 24: sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis — — ratione actionis errare possit; und Top. 8, 33, wo die stipulationum et iudiciorum formulae als res infinita bezeichnet werden; vgl. Vitr. I, 1, 10 (A. 475); dieſelben ſind theilweis von höherem Alter: Cic. Brut. 52, 195. de Divin, I, 42, 93.

472) Die ſorgfältige Formelconception wird bezeichnet durch anguste scribere: Cic. p. Mur. 13, 28 oder durch verba prudenter ponere: Cic. de Divin. I, 42, 93. Die Gefährniſſe der Abfaſſung eines Inſtrumentes ohne Zuziehung eines cautor bekundet die causa Curiana. Thl. I A. 17. Solcher Gefährdung ſuchte man nun, wenn man den cautor umging, vorzubeugen durch Erklärungen wie bei Scaev. 3 Resp. (D. XXXI, 1, 88. § 17): „Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam; et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.“ Vgl. auch § 21 unter 1, ſowie Plaut. Rud. IV, 3, 85, wo der Bauer ſagt: nescio, neque ego istas vostras leges urbanas scio.

zur captio (A. 392) oder der eigennützigen Ausbeutung der verfänglichen Rede[473]). Und dieſe Gefahr nun ſteigerte ſich auf das höchſte durch die mit Ausgang dieſer Periode ſich vermittelnde Bekanntſchaft mit griechiſcher Dialektik und Sophiſtik[474]).

Jene beiden Vorgänge, einerſeits der Eintritt der aequitas in das Recht durch die Reception von unſolennen Rechtsgeſchäften, wie durch die Anerkennung der Willensbeſtimmung als des rechtsverbindlichen Elementes derſelben, und andrerſeits das Uebergreifen dieſer letzteren Poſition auch in die Sphäre des ſolennen Rechtsgeſchäftes werden ſomit herbeigeführt durch Factoren, welche einer zwiefachen Sphäre des bürgerlichen Verkehres angehören: theils dem ſpecifiſch römiſchen Leben und der römiſchen National-Anſchauung, theils dem internationalen Handel zu Rom.

Insbeſondere aber die römiſche Nationalanſchauung tritt vornämlich innerhalb der Sphäre der zweiten Poſition, welche das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes betrifft, dem rigor oppoſitionell gegenüber und erhebt ſich daher inſoweit zu dem wirkungsvollſten Agens in jenem Proceſſe. Denn daß gerade in dieſem Punkte die Nationalanſchauung das Princip

---

473) S. § 11. 12 und insbeſondere Cic. p. Caec. 17, 50 (Thl. I, 54 fg.), ſowie die draſtiſchen Beiſpiele in p. Caec. 19, 54. und die kräftige Ironie daſ. 20, 56. Sodann § 51 a. E. und Plaut. Capt. II, 2, 5 fg.: qui cavet, ne decipiatur, vix cavet, quom etiam cavet. | Etiam quom cavisse ratus est, saepe is cautor captus est.

474) Ein treffliches Beiſpiel bietet Gell. V, 10, 4 fg. Apul. Flor. IV, 18, 87 fg.: Euathlus vereinbart mit dem Rhetor Protagoras ein hohes Honorar für den Unterricht in der Rhetorik, zur Hälfte zahlbar an dem Tage, wo Euathlus als Orator den erſten Proceß gewinnt. Nach einiger Zeit, bevor überhaupt der Letztere einen Proceß geführt, klagt Protagoras auf Zahlung dieſer Quote des Honorars, ſeine Klage dahin motivirend: dafern Euathlus condemnirt wird, hat er mir auf Grund des Richterurtheiles zu zahlen; dafern er jedoch abſolvirt wird, hat er auf Grund unſeres Vertrages zu zahlen, weil er den erſten Proceß gewonnen. Dem ſtellt Euathlus die Deduction entgegen: dafern ich abſolvirt werde, habe ich auf Grund des Richterurtheiles Nichts zu zahlen; dafern ich aber condemnirt werde, habe ich Nichts zu zahlen, weil ich überhaupt noch keinen Proceß gewonnen. Die Richter ließen ſich durch dieſe Sophismen verblüffen und entzogen ſich der Entſcheidung des Proceſſes. Nach römiſchen Rechte war die Klage des Protagoras wegen pluspetitio tempore, und im Wiederholungsfalle wegen res iudicata abzuweiſen.

der aequitas, welches die Willensbeſtimmung als das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes ſetzt, als das der Billigkeit Entſprechende zu würdigen begann, ergiebt ſich theils aus den Sätzen bei Cic. de Inv. II, 48, 143. p. Caec. 28, 81. (§ 21 unter 2. § 24 unter d), theils und vornämlich aus der in dieſer Periode ſich vollziehenden Uebertragung der Benennung aequitas auf jenes Princip der fides (A. 397). Und nicht minder beſtätigt ſich jene Thatſache, daß die Nationalanſchauung von dem Principe des rigor ſich abzuwenden begann, dadurch, daß man in Anwendung des rigor zwar ein summum ius noch anerkannte, dieſes ſelbſt aber zugleich als eine summa iniuria auffaßte, ja daß man in der Anwendung des rigor im Allgemeinen ebenſo eine captio, wie eine calumnia erkannte, ſomit aber ein Verfahren, welches als mißbilligenswerth verurtheilt wurde[474a]).

Nicht dagegen widerſtrebte der Nationalanſchauung der rigor innerhalb ſeiner erſten Poſition, welche das ſolenne Wort als die weſentliche Form der juriſtiſchen Willenserklärung erfordert. Denn in der That hat der ſpecifiſch römiſche Geſchäftsverkehr wie die leges Manilianae und die Vorſchriften Cato's und Varro's, wie Vitruv's ergeben[475]), während des ganzen gegen-

---

474a) Der rigor wird als summum ius bezeichnet von Cic. p. Caec. 4, 10: non enim minus laborat A. Caecina, ne summo iure egisse, quam ne certum ius non obtinuisse videatur; 23, 65: si — verbis et litteris et, ut dici solet, summo iure contenditur; woneben das summum ius den rigor auch innerhalb der Sphäre von Princip III und V bezeichnet. — Wegen des summum ius summa injuria ſ. Thl. I. A. 28. Anders dann Constantin. in fr. Vat. 249. f. § 64 und ähnlich ſchon Cic. p. Caec. 27, 77: iuris (sc. est), rem et sententiam et aequitatem plurimum valere oportere, libidinis, verbo ac littera ius omne torqueri. — Der rigor iſt ſodann als captio bezeichnet von Cic. Brut. 53, 198. p. Caec. 14, 40 f. § 21 unter 3 und ſo auch von Varr. Sent. 23 (Varr. sat. men. ed. Riese p. 266): captiosus de verbis disputator canis est aërem captans pro praeda; und Alf. Var. 4 Dig. a Paul. epit. (D. X, 4, 19). — Endlich als calumnia wird der rigor qualificirt von Auct. ad Her. II, 10, 14. Part. Or. 39, 137. p. Caec. 23, 65. (A. 162. 444) und ſo nun auch de Off. I, 10, 33 und Alf. Var. l. c.

475) S. A. 482. Cat. RR. 14. 15. 136. 144—150. Varr. RR. II, 1, 15. 2, 5 fg. 3, 5. 4, 5. 5, 11. 6, 3. 7, 6. 8, 5. 9, 7. 10, 4 fg. Vitr. I, 1, 10:

artigen Zeitabſchnittes, ja ſelbſt noch in der nächſten Periode
I. 663) trotz Schaffung der Conſenſual- und Realcontracte mit
bevorzugender Vorliebe und in überwiegender Häufigkeit der
ſolennen Formeln und insbeſondere der Stipulation bei allen
wichtigeren Geſchäften ſich bedient, ja war ſogar vor Schaffung
der fideiussio da auf ſolche angewieſen, wo die Beifügung
einer Bürgſchaft beliebt wurde. Und dieſe letztere Thatſache er-
klärt ſich denn auch ſehr einfach aus der Beſchaffenheit an ſich
der Stipulationsform, aus deren Verwendbarkeit für die ver-
ſchiedenſten Geſchäfte, wie aus ihrer Einfachheit und Bequem-
lichkeit, da ja die ganze Solennität lediglich in einem typiſchen
Stichworte bei initiativer Frage und congruenter Antwort be-
ſtand.

Dagegen in dem Geſchäftsverkehre inter cives et pere-
grinos, ſonach innerhalb des urſprünglichen Gebietes des
ius gentium (Thl. II § 84) ſind wiederum die Motive zu
ſuchen zur Reception der unſolennen Geſchäfte in das ius:
in dieſen Geſchäftskreiſen vor Allem werden die Poſtulate der
fides der ausſchließlichen Herrſchaft der mores entrückt, indem
mit ihnen eine opinio necessitatis ſich verbindet und ſo nun
dieſelben ſich in Rechtsſätze verwandeln. Und hiermit nun iden-
tificirt ſich innerhalb jener Poſition der aequitas die Frage
nach den Motiven und treibenden Kräften jenes hiſtoriſchen
Proceſſes mit der Frage nach den Baſen, auf welchen die Bil-
dung des privatrechtlichen ius gentium beruht, eine Frage, die
in Thl. II § 81 ihre Beantwortung gefunden hat. Der hierin
gegebene Anſtoß aber zur Aufnahme des aequum et bonum in
das Recht führte zu der Entwicklung, daß man die Sätze, aus
welchen man das ius gentium aufbaute, dem römiſchen Leben
und deſſen mores entnahm (§ 36), wobei indeß die Letzteren
ſelbſt wieder durch fremde Culturelemente mannichfach beeinflußt
wurden (Thl. II § 80). Und indem ſodann weiterhin das ius
gentium in das ſpecifiſch römiſche Leben übertrat (Thl. II §

---

et cetera, quae eius modi sunt, nota oportet sint architectis, uti ante
caveant, quam instituant aedificia, ne controversiae factis operibus
patribus familiarum relinquantur et ut legibus scribendis prudentia
caveri possit et locatori et conductori; namque si lex perite fuerit
scripta, erit ut sine captione uterque ab utroque liberetur.

84. 86), ſo leitete ſich damit auch jenes aequum et bonum in den Rechtsverkehr zwiſchen Bürgern über.

Nach Alle dem aber haben wir anzuerkennen, daß im großen Ganzen der Thatbeſtand, welchen dieſe Periode darbietet, den Lebensformen und Bedürfniſſen des geſchäftlichen Verkehres wohl angemeſſen iſt: theils ſolenne Geſchäfte, welche dem ſpecifiſch römiſchen Verkehre dienen und welche in Folge ihrer exacten und ſcharfpointirten Rede an ſich recht wohl zur Unterordnung unter die zweite Poſition des rigor, das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes betreffend, ſich eignen, theils das unſolenne Geſchäft, welches dem peregrinen Verkehre diente und welches in Ermangelung einer ſcharf zu präciſirenden Ausdrucksweiſe am Angemeſſenſten der entgegenſtehenden zweiten Poſition der aequitas ſich überweiſt.

Mit jener Reception der unſolennen Geſchäfte der mores in das Recht gewann aber das letztere Figuren von ganz neuem Character: Rechtsgeſchäfte, welche nicht nach formalen, ſondern nach realen und wirthſchaftlichen Merkmalen beſtimmt waren (§ 37); das Recht ſelbſt ſodann gewann dadurch eine weſentlich veränderte Stellung: aus der Stelle einer rein ſubſidiären Norm des geſchäftlichen Verkehres trat es nunmehr ein in die Stellung eines principalen Regulators deſſelben (§ 43); und endlich die von Alters überlieferten ſolennen Rechtsgeſchäfte werden dadurch theilweis in tief greifendem Maaße in ihrer Weſenheit und theoretiſchen Stellung, wie in ihrer juriſtiſchen Function afficirt: denn inſoweit jene unſolennen Geſchäfte in die nämlichen wirthſchaftlichen Verhältniſſe eingriffen, welchen auch dieſe ſolennen Geſchäfte dienten, ſo entſtanden hiermit Concurrenz-Verhältniſſe verſchiedenſter Beſchaffenheit, deren Regelung mehrfach nicht ohne weſentliche Modification des Characters der alten ſolennen Geſchäfte erfolgte. So z. B. ſeitdem die emtio venditio als Kaufcontract des ius gentium anerkannt worden war, erzeugte der Abſchluß der Stipulation über dieſe emtio ein ſolches Concurrenzverhältniß, welches durch die Theorie von der Novation zwar geregelt, aber nicht völlig gelöſt ward, inſofern man jene emtio durch die Stipulation nicht vollſtändig abſorbirt und aufgeſogen werden ließ, vielmehr der Erſteren neben der Letzteren immer noch eine juriſtiſche Exiſtenz und theoretiſche Wirkſamkeit

als einer causa der Stipulation zuerkannte und hierauf nun ein fortdauernder Effect der emtio ſich ſtützte; und indem ſodann auch in der Mancipation eine emtio ſich vollzog, die im urſprünglichen Sinne zwar entgeltliches Veräußerungsgeſchäft im Allgemeinen war (Thl. II, 543), von jener ſpäteren Zeit aber nunmehr als Kauf aufgefaßt wurde, ſo entſtand nun wieder ein Concurrenzverhältniß zwiſchen dem Contracte der emtio venditio und der Mancipation, welches in der Weiſe geregelt wurde, daß man die Letztere für eine imaginaria venditio erklärte (A. 107), ohne daß jedoch hiermit die Concurrenz erledigt worden wäre, indem vielmehr wegen Eviction doch wieder neben der a. emti die a. auctoritatis begründet blieb. Und wiederum in Folge deſſen, daß die der Mancipation urſprünglich inliegende causa jener alten emtio für etwas Imaginäres erklärt wurde, ſtellte ſich nunmehr die causa als ein ſelbſtſtändiges Zweites neben die Mancipation, ſo die neue emtio venditio, die donatio und dergl.; und wenn immer auch die Mancipation in ihrer Geltung von ſolcher neuen causa nicht poſitiv abhängig d. h. ihre Rechtsbeſtändigkeit nicht von deren Vorhandenſein bedingt war[476]), ſo ward ſie doch in eine negative Abhängigkeit von ſolcher geſtellt: gewiſſe Mängel wirken auch auf ſie zurück, ſo z. B. bei donatio inter virum et uxorem oder bei datio ex falsa causa. Dann wieder ſeitdem die Tradition als Erwerbmodus ebenſo des ex iure Quir. meum esse, wie auch des publicianiſchen ius in re anerkannt worden war und ſo zu voller theoretiſcher Selbſtſtändigkeit ſich erhob, während wiederum dieſelbe von Alters einen integrirenden Beſtandtheil der Mancipation bildete, ſo löſte man nun aus der Letzteren die Erſtere ab, ſo daß ſie zu einem neben jener ſtehenden ſelbſtſtändigen Acte ſich geſtaltete, wie dies Gai. II, 203. IV, 131. Diocl. et Max. in fr. Vat. 313 ergeben. Und wiederum ſeitdem die solutio als Aufhebungsmodus auch der durch ſolennes Rechtsgeſchäft begründeten Obligation anerkannt worden war, trat dieſelbe in ein Concurrenzverhältniß mit den ſolennen Aufhebungsmodus, ſo mit der solutio per aes et libram, wie mit der nuncupativen und litteralen Acceptilation

476) Vgl. Leiſt, Mancipation § 3.

(§ 3), wodurch wieder complicirte Fragen hervorgerufen wurden, deren Lösung nicht ohne Rückwirkung auf die theoretische Stellung dieser solennen Aufhebungsmodus verblieb. Ja neben allen diesen Momenten, deren nähere Würdigung in den Kreis der Aufgaben des zweiten Buches fällt, ist hier auch noch hinzuweisen auf den in Thl. II § 86. 112 dargelegten Proceß, daß die theoretische Rechtsanschauung in Legislation und Wissenschaft, wie Volksleben auf den Gesichtspunkt der neuen systematischen Ordnungen und Figuren übertrat, welche durch das ius gentium gegeben waren, ein Proceß, der um so weniger ohne Rückwirkung auf die hier maaßgebende Sphäre bleiben konnte, als das ius gentium der Träger des unsolennen Rechtsgeschäftes war.

Mit jener hervorgehobenen Thatsache aber, daß es vornämlich der Peregrinenverkehr ist, welcher die Reception der unsolennen Geschäfte in das Recht erfordert und durchsetzt, steht zugleich in Zusammenhang die Erscheinung, daß der gegenwärtige Zeitabschnitt immer noch unsolenne Geschäfte der ausschließlichen Regelung durch die mores überläßt, insoweit nämlich, als an solchen der Handels- und Geschäftsverkehr ein nur untergeordnetes oder überhaupt gar kein Interesse hat. Denn als derartige Geschäfte, welche rein auf mores und auf moralischer fides stehen, treten in dem gegenwärtigen Abschnitte uns entgegen:

1. die Innominatcontracte der nächsten Periode, welche ihren directen Schutz durch die a. praescriptis verbis erst in der augusteischen Zeit, einen indirecten Schutz aber durch eine die spätere cond. causa data causa non secuta mit vertretende generelle cond. ex iniusta causa zu Ausgang des 7. oder Beginn des 8. Jahrh. empfingen[476a]), gleichwohl aber in mannichfachen Beispielen bei Plaut. sich vorfinden, so z. B. der contractus aestimatorius in Capt. II, 2, 101 fg. 3, 4. 18 fg., wo Philopolemus, der Sohn des Aetoler Hegio in die Kriegsgefangenschaft der Elier gerathen ist, Hegio nun zwei elische Kriegsgefangene, den Philocrates und dessen Sclaven Tyndarus kauft und sodann mit dem Ersteren vereinbart, daß dieser ihm

476a) Voigt, Cond. ob caus. A. 426. u. S. 245.

den Tyndarus nach einem Taxwerthe von 20 Minen übergebe und er, Philocrates, denſelben nach Elis ſende, damit dieſer die Auswechſelung des Philocrates gegen den Philopolemus mit des Erſteren Vater bewirke, für den Fall aber, daß Tyndarus nicht zurückkehre, Philocrates dem Hegio dafür 20 Minen zahle; ferner das pactum do ut manumittas in Pers., wo Toxilus mit Dordalus vereinbart, daß Letzterer ſeine Sclavin Lemniſelene gegen Zahlung von 600 nummi Seitens des Erſteren manumittire, das Geſchäft aber nicht ſofort erfüllt wird, vielmehr Toxilus eidlich angelobt, am Tage der Handlung des Stückes die 600 zu zahlen: I, 1, 34. 35. III, 2. 3, 11. 26., in Folge deſſen nun Toxilus dieſe Zahlung leiſtet: III, 3, 8 fg. 32 fg. und Dordalus wiederum manumittirt und zwar nicht Zug um Zug, vielmehr einige Zeit nachher: III, 3, 34 fg. IV, 3, 17; ſodann das pactum über ein indicium oder Anzeigerlohn wegen verlorener oder entwendeter Sachen oder entlaufener Sclaven in Rud. V, 2, 35 fg., wo eidliche Beſtärkung vorliegt, ſowie in Ep. IV, 1, 9 fg. 3, 34. Aul. II, 2, 25; endlich das pactum über ein εὑρέτρον oder Finderlohn in Rud. IV, 4, 76 fg.

2. die pacta über honorarium oder salarium mit dem procurator, patronus causae, advocatus, agrimensor, praeceptor studiorum liberalium, medicus und der obstetrix und dergl., wie mit der nutrix und dem proxeneta[477]);

3. das depositum, commodatum und pignus, welche insgeſammt erſt nach 710 zu Contracten erhoben wurden[478]),

---

477) Dieſe pacta ſind noch in der ſpäteren Kaiſerzeit zur extraordinaria cognitio verwieſen worden: Schilling, Inſt. § 308. n. 318. g. 329.

478) Depositum, commodatum und pignus fehlen nämlich: 1. in der Aufzählung der bon. fid. iudicia des Qu. Mucius († 672), welche Cic. de Of. (v. J. 710) III, 17, 70. wiederholt und welche folgende Reihe bietet: tutela, societas, fiducia, mandatum, emt. vend., loc. cond. In dieſer Reihe nun ſind allerdings zu vermiſſen theils verſchiedene arbitria der leg. a., ſo insbeſondere die actiones divisoriae, die arbitria aquae pluviae arcendae, legis Plaetoriae, rei uxoriae, theils die a. negot. gestorum. Allein, zunächſt die Letztere betreffend, ſo iſt dieſelbe durch auctoritas JCtorum geſchaffen und zwar durch einen auf einer ratiocinatio beruhenden Satz, welchen Cic. Top. (v. J. 710) 10, 42. mittheilt und welcher lautete: si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaveris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator (§ 49 a. E.). Daraus nun, daß Cicero

gleichwohl aber während des ganzen gegenwärtigen Zeitabſchnittes in dem Lebensverkehre hervortreten [479]);

---

dieſen rechtsconſtituirenden Satz ſelbſt im J. 710 anführt, entnehme ich, daß derſelbe damals neuerdings aufgeſtellt worden war, wogegen daraus, daß in der obigen Aufzählung des Qu. Mucius die negot. gestio fehlt, wiederum zu entnehmen iſt, daß zur Zeit der Abfaſſung Jener dieſe Klage überhaupt noch nicht conſtituirt war, demgemäß alſo deren Entſtehung in den Anfang des 8. Jahrh. und vor 710 zu ſetzen iſt. Daß endlich Cic. de Off. die neg. gestio übergeht, erklärt ſich daraus, daß dieſelbe gegenüber dem von ihm behandelten Thema eine nur untergeordnete Stellung einnimmt. Was dagegen das Fehlen gewiſſer arbitria der leg. a. betrifft, ſo erklärt dies ſich daraus, daß ja Qu. Mucius durchaus nicht alle bon. fid. a. aufzählen wollte, ſondern ausſchließlich diejenigen, „quibus vitae societas continetur", weil gerade bei dieſen Rechtsſachen „magni est iudicis statuere, quid quemque cuique praestare oporteat" und letzterer Punkt nun es zweifelsohne war, welcher das Hauptthema derjenigen Paſſage ergab, in welcher Scaevola die von Cicero mitgetheilte Klagen-Reihe aufſtellte. Dieſe Reihe ſelbſt aber ergiebt, daß Scaevola unter jenen arbitria, quibus vitae societas continetur, die aus geſchäftlichen Verhältniſſen hervorgehenden Klagen verſtand; und dies nun ſchloß aus ebenſo die actiones divisoriae, wie die delictiſchen und quaſidelictiſchen Klagen, ſo a. leg. Plaetoriae und aqu. pluv. arcend., wie nicht minder auch die rei uxoriae, da ſolche nicht der vitae societas, als vielmehr der propinquorum societas angehört (vgl. Thl. I § 46). Sicher aber gehören a. depositi, commodati und pigneraticia zu jenen actiones, quibus vitae societas continetur, ſo daß das in Thl. I, 541 gebrauchte argumentum e silentio des Qu. Mucius in Wahrheit voll berechtigt iſt. — 2. In Cic. de N. D. (v. J. 710) III, 30, 7. werden aufgezählt als iudicia de fide mala d. h. als Klagen, durch welche der dolus malus reprimirt wird, die a. tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, emti vend., cond. locati, leg. Plaetoriae und de dolo. Wenn daher in dieſer Reihe alle diejenigen Klagen fehlen müſſen, bei denen ein Betrug gar nicht oder in ganz untergeordneter Weiſe in Frage kommt, wie z. B. bei den actiones divisoriae und negotiorum gestorum, ſo kommt derſelbe doch in ſehr hervorragender Weiſe in Betracht bei a. depositi, commodati und pigneraticia, daher nun das Fehlen dieſer Klagen in obiger Stelle in Wahrheit das argumentum e silentio durchaus rechtfertigt, welches in Thl. I, 541. gebraucht iſt. — 3. In Cic. Top. 10, 42. (unter I cit.) und 17, 66. werden je eine größere Anzahl von arbitria aufgeführt, aber depositi, commodati und pignerat. übergangen, was als ein Beweis-unterſtützendes, nicht aber als beweiſendes Moment in Thl. I, 541 aufgeführt iſt. — Wenn daher Ubbelohde, z. Geſch. der ben. Realcontr. 33 A. 11 allen obigen Stellen „kein allzu großes Gewicht" beimißt, ſo iſt darin eine Unterſchätzung und ungenügende Würdigung derſelben zu erkennen. — 4. In dem Contractsſyſteme der Inſt. von Gai. III, 90 fg. fehlen depositum, commo-

4. das Selbſtfreikaufen des Sclaven (ſ. A. 300);

---

datum und pignus, obgleich das depositum in III, 196. IV, 47. 59. 60. 62. 182, das commod. in III, 196. 197. 206. IV, 33. 47. 59. 182. und nexum 62, die a. pigneraticia in IV, 62 erwähnt wird. Dies erklärt ſich nur daraus, daß das Contractsſyſtem des Gaius aus einer Zeit datirt, wo jene 3 Klagen noch nicht conſtituirt und im Edicte proponirt waren: A. 485. Wenn nun Ubbelohde a. O. 34 A. 12 einwendet, es fehle in jenem Contractsſyſteme auch der contractus fiduciae, der doch dem Urheber dieſes Syſtemes bekannt geweſen ſein müſſe, ſo ſcheint nun derſelbe damit beſagen zu wollen, daß der Urheber dieſes Syſtemes aus Unfähigkeit oder Abſichtlichkeit eine unvollſtändige Claſſification der Contracte aufgeſtellt habe. Ich dagegen glaube annehmen zu dürfen, daß weder die Fähigkeit hierfür, noch die Abſicht jenem Urheber abging, und daß, wenn trotzdem die fiducia in dem Syſteme fehlt, dies darauf beruht, daß Jener die fiducia, ebenſo wie die lex mancipii, nicht dem Geſichtspunkte des contractus, als vielmehr des pactum unterſtellte: Gai. 3 ad XII tab. (D. II, 14, 48): in mancipationibus (Trib.: traditionibus) rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestum est. — Gegenüber Alle dem erregt kein Bedenken Qu. Muc. 16 Jur. civ. (Gell. VI, 15, 2): quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum accepit, ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit; denn dies ſetzt voraus das Vorkommen von depositum und commodatum, nicht aber die Exiſtenz von a. depositi und commodati. — Wegen des depositum insbeſondere ſ. Thl. I bei A. 679; daraus daß Pomp. 6 ad Qu. Muc. (D. XLVI, 3, 81. § 1) von der a. depositi handelt, iſt nicht nothwendig zu folgern, daß Scaevola ſolche gekannt habe. — Die a. commodati insbeſondere ward nach Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 1. pr. § 1) zuerſt proponirt durch einen Prätor Pacuvius, welchen Ubbelohde a. O. 78 und Andere mit dem Vater des Labeo identificiren wollen; aus Ulp. cit. (D. cit. 5. § 2): commodatum — plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur; et ideo verius est Qu. Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam iſt dagegen nicht nothwendig zu folgern, daß Scaevola bereits die a. commodati gekannt habe, da dort ein Citat aus zweiter Hand vorliegt (vgl. Sanio, Geſch. d. R. Rechtswiſſenſch. 50), daher recht wohl der Sachverhalt möglich iſt, daß Scaevola den generellen Satz aufſtellte: ab eo, cuius solam utilitatem continet contractus, et culpa praestanda est et diligentia; et si forte res aestimata data est, omne periculum praestandum est ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit, und daß nun erſt die Späteren aus ſolcher Conſtitution die Anwendung auf das Commodat insbeſondere machten, ein Punkt, auf welchen in Buch II des Näheren zurückzukommen iſt; vgl. namentlich Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. pr.). — Endlich auf die ſpätere Contractsnatur des pignus weiſt hin, daß auch res mancipi dafür empfänglich, nicht aber allein auf die fiducia angewieſen waren.

479) Depositum: Qu. Muc. bei Gell. VI, 15, 2. Cic. de Off. I, 10, 31.

5. die manumissio minus solennis bis in die 2. Hälfte des 7. Jahrh. (Thl. II, 727);

6. das Fideicommiß [480]); ſowie

7. der Modus bei der Erbeinſetzung, der erſt in der nächſten Periode und auch hier nur theilweis in ein juriſtiſch verpflichtendes Verhältniß umgewandelt wird (A. 665).

Nach alle dem tritt daher das aequum et bonum in dem gegenwärtigen Zeitabſchnitte theils als eine ſelbſtſtändige, unabhängige und geſonderte Potenz neben dem ius hervor, theils aber auch als ein Element und Princip des Rechtes ſelbſt.

Was nun endlich die Stellung der Wiſſenſchaft gegenüber den hier erörterten Principien betrifft, ſo haben wir dieſelbe gegenüber der zweiten Poſition: der Prävalenz je von verbum oder voluntas bereits in § 50 dargelegt. Dagegen die erſte Poſition, die Form der juriſtiſchen Willenserklärung betreffend, übt in doppelter Richtung einen beſtimmenden Einfluß auf die Thätigkeit der Jurisprudenz aus. Denn einestheils ward die Letztere durch das Bedürfniß des Verkehres nach immer zahlreicheren Klag- und Geſchäftsformeln (A. 471) ebenſowohl zur Anlegung von Formelſammlungen, als auch zur Conception neuer Formeln veranlaßt. Und zwar gehören zu jenen Sammelwerken [481]) namentlich das ius Aelianum, welchem Cato (A. 475) und theilweis auch Varro (A. 482) die in ihren res rusticae mitgetheilten leges privatae entlehnten; ſodann ferner die Hostilianae actiones, die Manilianae venalium vendendorum leges und andere verwandte Werke [482]); dagegen Beiſpiele von

---

III, 25, 95. — Commodatum: § 36 unter 4. Plaut. Aul. II, 4, 32. 9, 4. Asin. II, 4, 38 fg. Pers. I, 3, 47. II, 5, 19. u. a. m. Brut. u. Qu. Muc. bei Gell. VI, 15, 1. 2. — Pignus: A. 286. 291.

480) Thl. II, 852 fg. Cic. de Fin. II, 17, 55. 18, 58. J. Inst. II, 23, 1. 12.

481) Noch in den 1. Zeitabſchnitt fallen das ius Flavianum und die actiones de usurpationibus des App. Claudius Centimanus (A. 225).

482) S. A. 3. Ein Excerpt aus den leges des Manilius bietet Varr. RR. II, 3, 5, und Verweiſungen darauf in II, 5, 11. 7, 6. Dagegen wohl aus dem ius Aelianum iſt die antiqua, prisca formula in II, 2, 5. 6. Endlich auf noch andere Formelſammlungen weiſen hin II, 4, 5. 5, 11 9, 7.

Conception neuer Formeln, welche durch das cavere der Juriſten (I. 391) vermittelt wurde, bieten die cautio Muciana, das iusiurandum Mucianum bei Gell. V, 19, 6, die stipulatio Aquiliana, die aquiliſche Formel der heredis institutio des Poſtumus.

Sodann benutzt aber auch die Jurisprudenz die Form der Modalität der Willenserklärung als den Eintheilungsgrund ihrer Claſſification und ihres Syſtemes der Contracte. Denn während das Recht ſelbſt dieſer Periode zwei durchaus heterogene Gruppen von Rechtsgeſchäften darbot: die Geſchäfte mit und ohne ſolenne Formel, welche beide einander völlig fremd gegenüber ſtehen, ſo faßt nun die Jurisprudenz der ausgehenden gegenwärtigen Periode die Contracte beider Gruppen in einheitliche doctrinelle Syſteme zuſammen, für welche die Modalität der Willenserklärung den leitenden Geſichtspunkt bildet und die mehrfache Unterarten, wenn auch theilweis in gezwungener Weiſe (A. 482[a]), ergiebt. Und zwar ſtellt das von Qu. Mucius Scaevola Pont. vertretene, wohl auf die Tripertita des Sex. Aelius zurückgehende Contractsſyſtem die Begriffsreihe auf von pacta d. ſ. die Conſenſualcontracte und die mutui datio, von stipulationes und von leges dictae d. ſ. lex mancipii nebſt fiducia, nexum und etwa dotis dictio (Beil. XXI, A. 210). Dagegen ein zweites, wohl auf Serv. Sulpicius Rufus zurückzuführendes und von Gai. Inst. adoptirtes Syſtem ruht auf der Viergliederung der Contracte als obligationes natae 1. re[482a]): mutui datio und indebiti solutio umfaſſend (III, 90. 91); 2. verbis[483]) mit stipulatio (III, 93—95), dotis dictio und iurata promissio operarum liberti (Cai. Epit. II, 9, 3. 4), adstipulatio (III, 110 fg.) und adpromissio (III, 115 fg.): 3. litteris mit transcriptio a re in personam, wie a persona in personam (III, 128 fg.); wie endlich 4. consensu[484]) mit

482a) Res iſt jedoch gar nicht Modus der Willenserklärung, als vielmehr ein zur formalen oder unformalen Willenserklärung hinzutretender weiter und ſelbſtſtändiger Thatbeſtand.

483) Vgl. Cic. p. Caec. 5, 7: si quis — spopondit, qua in re verbo se obligavit.

484) Vgl. A. 134. Gai. III, 136: ideo — consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum, neque scripturae ulla proprietas desideratur.

emtio vend. (III, 139), loc. conductio (III, 142), societas (III, 148) und mandatum (IV, 155)[485]. Und dieſem letzteren Syſteme gehört auch an die correſpondirende Claſſification der solutiones in solutio verbis, re, litteris und consensu[485a].

Zweite Periode.

Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien vom Beginn der Kaiſerzeit bis Diocletian.

§ 54.

Hiſtoriſche Stellung im Allgemeinen der Principien.

Die Signatur der gegenwärtigen Periode iſt der Verfall des rigor iuris. Und zwar zunächſt innerhalb der Poſition,

---

485) Dies Syſtem iſt, da es die rapina einordnet (Gai. III, 209), einerſeits jünger als 678, wo die a. de vi hominibus armatis coactisve conſtituirt ward, und jünger ſodann als die cond. indebiti, welche bald nach 688 geſchaffen wurde (Voigt, Cond. ob caus. 245); andrerſeits aber wiederum älter als die a. depositi, commodati und pigneraticia, welche drei bekannt ſind namentlich dem Alfen. Var. (D. XLVI, 3, 55. vgl. XIX, 2, 31. ferner XII, 6, 36. XXXIV, 2, 28. endlich XIII, 7, 30), und reſp. dem Treb. Testa (D. XVI, 3, 1. § 41. 43. fr. 21. § 1. vgl. XLI, 4, 2. § 7. ſowie D. IV, 3, 18. § 3. XXXII, 1, 29. pr.) und Ofilius (D. XXXIV, 2, 39. pr. § 1. XLV, 3, 6); älter ſodann auch als die Conſtituirung der generellen cond. ex iniusta causa, welche dem Serv. Sulpic. bereits bekannt iſt (Voigt, a. O.). Nach Alle dem aber wird jenes Syſtem auf Serv. Sulpic. ſelbſt zurückzuführen ſein; bekannt iſt daſſelbe bereits dem Lab. 1 ad Ed. Praet. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 16, 19.): actum quidem generale verbum esse sive verbis, [sive litteris,] sive re quid agatur, ut in stipulatione, [vel expensilatione,] vel numeratione; contractum autem ultro citroque obligationem, — — veluti emtionem vend., locat. conductionem, societatem. Aehnlich iſt das Syſtem von Gai. 2 und 3 Aur. (D. XLIV, 7, 1. 4. 5.), wo jedoch commodatum, depositum und pignus bereits eingeordnet ſind.

485a) Dieſe Claſſification iſt uns nur überliefert in der von Brisson de V. S. s. v. solutio mitgetheilten Gloſſe: *καταβολὴ ἢ λύσις, δι' ἧς πᾶσα ἡ ἐνοχὴ διαλύεται καὶ ἡ τῆς βέρβις καὶ τῆς ρε καὶ τῆς* litteris *καὶ τῆς* consensu, und erkennbar aus Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XLVI, 3, 80).

betreffend die Form der juriſtiſchen Willenserklärung, wächſt nicht nur die Zahl der unſolennen Rechtsacte, während die der ſolennen ſich vermindert, wie z. B. durch Untergang des nexum und der Expenſilation, ſondern es beginnt auch der Verfall der ſolennen Wortform an ſich, indem dieſelbe immer laxer und nachläſſiger gehandhabt wird: es beruht zwar auch jetzt noch die Weſenheit der ſolennen Rechtsacte auf dem dictum oder scriptum, allein die Anforderungen, die an ſolches verbum geſtellt werden, büßen mehr und mehr an alter Strenge und Conſequenz ein (§ 55). Dieſer letztere Moment aber geht zwar nicht mit innerer und principieller Nothwendigkeit, wohl aber in nahe liegender Rückwirkung hiſtoriſch Hand in Hand mit der Vernichtung der Herrſchaft des rigor in deſſen zweiter Poſition, wo die Willensbeſtimmung als das rechtsverbindliche Element auch des ſolennen Rechtsactes zur Anerkennung gelangte, in Folge deſſen aber das ſolenne Wort in eine durchaus acceſſoriſche Stellung herabgedrängt ward und damit nun allen inneren Stützpunkt ſeines Eigenwerthes verlor.

Innerhalb der zweiten Poſition aber, das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes betreffend, tritt die aequitas in unbeſtrittener Herrſchaft in dieſe Periode herein gegenüber dem unſolennen Rechtsgeſchäfte (ſ. § 48 a. E.). Allein dieſelbe dehnt ihre Herrſchaft auch aus auf den ſolennen Rechtsact, auch für dieſen nunmehr die voluntas und reſp. den consensus zu allgemeiner Geltung erhebend. Und damit gelangen nun auch hier als einfache Conſequenzen die Sätze zur Geltung, daß ebenſo die ſimulirte oder nicht ernſtliche Willensbeſtimmung wirkungslos iſt, wie auch alle Interpretation auf die voluntas des Redenden zu ſtützen iſt.

Sodann gelangt in dieſer Periode auch der Irrthum in der Willensbeſtimmung zur Anerkennung juriſtiſcher Relevanz, allein auch dies in jener eigenthümlichen Verſchiebung ſeines leitenden Geſichtspunktes, die wir in § 52 in ganz paralleler Weiſe bei vis und dolus beobachteten: in der Sphäre der Rechtsgeſchäfte unter Lebenden wird der error reprimirt nicht von dem Geſichtspunkte aus der in ihm liegenden Störung der Willensbeſtimmung, als vielmehr der daraus reſultirenden Vermögensſchädigung.

tutoris auctoritatis interpositio (A. 222) völlig aufgegeben ward (A. 492). Bei allen unſolennen Geſchäften aber erkennt die gegenwärtige Periode jedwede gemeinverſtändliche[491]) und ſo insbeſondere auch die ſtillſchweigende Willenserklärung als ſtatthaft und zureichend an[492]), ja ſtatuirt auch die Möglichkeit einer inactiven Willenserklärung (§ 15 a. E.).

Während ſo daher die Sphäre des strictum ius beſchränkt wird, ſo erfährt dieſelbe nur ganz ausnahmsweiſe eine Erweiterung durch Schaffung neuer Rechtsgeſchäfte mit ſolennen Formeln, wie z. B. in der cessio bonorum der lex Julia (A. 694).

Zugleich greift aber auch die aequitas über auf den ſolennen Rechtsact, ſomit in das Gebiet des strictum ius ſelbſt, hier nun die Conſequenzen des rigor in ſeinen einzelnen Sätzen abſchwächend oder zerſtörend.

Allerdings zwar wird bezüglich des abſoluten Beſtandtheiles des Rechtsactes: der certa, solennia, civilia, legitima verba das Erforderniß einer genauen Reproduction der Formel noch ausgeſprochen von

Pomp. 16 ad Sab. (D. L, 17, 27): nec ex praetorio, nec ex solenni iure privatorum conventione quicquam immutandum est;

ſowie hinſichtlich der ſolennen Rechtsgeſchäfte insbeſondere von

---

491) Paul. 32. 33 ad Ed. (D. XVII, 1, 1. § 1. 2. XVIII, 1, 1. § 2), 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 35 § 2), Modest. 2 Reg. (D. XLIV, 7, 52. § 9).

492) Vgl. A. 409. Dagegen bei assignatio liberti: A. 486; bei manumissio minus sol.: Justin. im Cod. VII, 6, 1. § 5. 9. 10. 11; beim Fideicommiß: A. 489. Paul. sent. rec. IV, 1, 6a. (D. XXXII, 1, 21. pr.), Diocl. et Max. im C. Just. VI, 42, 22; in der pro herede gestio; bei der hered. aditio: A. 490; bei der repudiatio hereditatis: Paul. 4 Sent. (D. XXIX, 2, 95): recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis; endlich allgemeiner Modest. 2 Reg. (D. XLIV, 7, 52. § 10). Anders die vorhergehende Periode: § 47 a. E. — Dem entſprechend wird beim Fideicommiß die Auslaſſung des regierenden Verbum, wie volo u. dergl. für irrelevant erklärt von Gord. im C. Just. VI, 42, 10, während wiederum die tut. auctor. interpositio ebenſo durch bloße praesentia, ſomit ſtillſchweigend, wie auch ſchriftlich ertheilt werden konnte: Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVI, 8, 1. § 1), Gai. 12 ad Ed. prov. (D. eod. 9. § 6).

Cels. 38 Dig. (D. XLV, 1, 99. pr.): quicquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimatur, omissum intelligendum;

und ebenſo hinſichtlich der Legisaction insbeſondere von Quint. J. O. VII, 3, 17. Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. § 6), Gai. IV, 30. Ulp. 8 ad Ed. (fr. Vat. § 318) (ſ. § 2 unter c—e); allein ſelbſt dieſer allgemeine Satz findet bereits im Allgemeinen eine Abſchwächung in dem Reſcripte des Antoninus Pius bei

Marcell. 3 Dig. (D. IV, 1, 7. pr. und L, 17, 183): etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est.

Insbeſondere aber, was zunächſt die von dem rigor verpönte Vertauſchung des ſolennen Wortes mit Synonymen betrifft, ſo ward dieſer Satz theils abgeſchwächt dadurch, daß man neben dem altüberlieferten ſolennen Worte Parallelformeln anerkannte und zuließ, theils aber auch gänzlich aufgegeben, indem man das Erforderniß eines typiſchen Stichwortes völlig fallen und jedes vulgäre Wort an deſſen Stelle zuließ. So daher finden wir, wie zuvörderſt bei dem Teſtamente neben die alten typiſchen Stichworte mit ihrer imperativen Redeweiſe mehr und mehr Formeln treten, in denen eine aſſertoriſche Haltung des Ausdruckes jenes Apodiktiſche verdrängt; und ſo zwar zunächſt bei der heredis institutio, wo neben dem alten ſolennen Stichworte: heres esto zuerſt in dem Zeitalter der Antonine die Formel heredem esse iubeo zugelaſſen wird und weiterhin hierneben noch die Formeln: hereditatis meae dominus esto und heres sit, wogegen die Zuläſſigkeit der Formeln: heredem instituo und heredem facio beſtritten blieb (§ 2 unter g). Ebenſo bei der exheredatio traten neben die alte ſolenne Formel: exheres esto in der Zeit nach den Antoninen die Formeln: exheres sit und exheres erit (§ 2 unter h), ſodann aber auch nach Modest. 5 Resp. (D. XXVIII, 5, 61) die Formel: exheredavi te. Gleichermaaßen bei der tutoris datio lautete die alte ſolenne Formel: liberis meis tutorem do lego, woneben man nun in der Zeit der Antonine die Formel zuließ: liberis meis tutor esto (§ 2 unter i). Nicht minder beim Vindicationslegate ſtellte man neben die alte Formel:

L. Titio — do lego[493]) oder L. Titius — optato die Formeln L. Titius — (sumito oder sibi habeto oder capito oder eligito[494]), und beim Damnationslegat ließ man neben der alten Formel: heres meus L. Titio — dare damnas esto[495]) die Formeln zu: dato[496]), det oder heredem meum L. Titio — dare iubeo

---

493) Gai. II, 193. Ulp. fr. XXIV, 3. Paul. Sent. rec. III, 6, 6. So bei Javol. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 2, 41), Cels. 9 Dig. (D. XXXII, 1, 79. § 1), Jul. 32. 33 Dig. (D. XXX, 1, 81. § 2. 5. 8. fr. 84. § 12. XXXIII, 5, 9. pr. XL, 4, 15), Pomp. 6 ad Sab. (D. XXXIII, 7, 15. pr.), Scaev. 3 Resp. (D. XXXI, 1, 88. § 8. XXXIII, 7, 20. § 1), 16. 17. Dig. (D. XXXIV, 3, 28. § 2. XXXII, 1, 102. § 3), Gai. 2 ad Ed. Urb. (D. XXXIV, 4, 5), 13 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXV, 1, 69), Marcell. Resp. (D. XXXIV, 2, 6. pr. XXXV, 1, 36. pr.), Pap. 7 Resp. (D. XXXII, 1, 91. § 3), Ulp. 5 Disp. (D. XXXV, 1, 19. § 1), 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 34. § 15), Paul. 2 ad Vit. (D. XXXII, 1, 78. § 6), 6 ad l. Jul. et Pap. (D. eod. 89), de Assign. lib. (D. XXXIV, 2, 30), Marcian. 6 Inst. (D. XXXV, 1, 33. § 3), Modest. 7 Diff. (D. XXXV, 1, 52). Daher bezeichnete man ſolches Legat auch durch do lego legatum oder legare, ſo Ulp. 17 ad Sab. (fr. Vat. § 75. 83. 86. 87), Paul. 1 Man. (fr. Vat. § 47. 57).

494) Gai. II, 193. Ulp. fr. XXIV, 3. 14. und ſo sumito bei Scaev. 17 Dig. (D. XXXII, 1, 35. § 1) und sibi habeto bei Alfen. Var. 5 Dig. (D. XXXIII, 8, 14), Lab. 2 Post. (D. XXXII, 1, 29. § 4), Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 34. § 14); ſowie Aufid. bei Lab. 2 Post. (D. XXXIII, 5, 20): sumito sibique habeto. Wegen optato ſ. Paul. 2 Ep. Alf. Dig. (D. XXXV, 1, 28. § 1) vgl. S. 180.

495) Gai. II, 201. Paul. sent. rec. III, 6, 6. So bei Quint. J. O. VII, 9, 9. 12. Cels. 22 Dig. (D. XXXIV, 5, 25), Jul. 33 Dig. (D XXX, 1, 82. § 5. fr. 84. § 1), 1 ex Min. (D. XXX, 1, 105), 1 ad Urs. Fer. (D. XXXII, 1, 63), Afric. 2 Quaest. (D. XXXV, 1, 31), Scaev. 16 Dig. (D. XXXII, 1, 34. § 1), Ulp. 13 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXV, 2, 64), 15. 24 ad Sab. (D. XXX, 1, 19. pr. XXXIV, 4, 3. pr.), Paul. 3 Reg. (D. XXX, 1, 122. § 1), 4 ad Plaut. (D. XXXI, 1, 3).

496) Gai. II, 201. Ulp. fr. XXIV, 4. So ſchon bei Auct. ad Her. 1, 12, 20. Cic. de Inv. II, 40, 116. Alfen. Var. 2 Dig. (D. XXXIII, 1, 22) und ſo auch bei Lab. 2 Post. (D. XXXII, 1, 29. § 2. fr. 30. § 2. 5. XXXIII, 1, 17. § 1. XXXIII, 4, 6), Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40. § 1 fg.), Cels. 6. 34 Dig. (D. XXXI, 1, 15. 27), Jul. 1 ad Urs. Fer. (D. XXX, 1, 104. § 1), de Ambig. (D. XXXII, 1, 62. XXXIV, 5. 13. § 1), 33. 35. 37. 70 Dig. (D. XXX, 1, 6. 84. pr. § 7. 9. 10. XXXVI, 2, 16. pr. XXXIV, 4, 10. § 1. XXXVI, 2, 19. pr. § 1), Pomp. 7 ex Plaut. (D. XXXI, 1, 11. § 1. fr. 13. pr.), 3. 5 ad Qu. Muc. (D. XXXI, 1, 43. § 3. XXXVI, 2, 22. § 1. 2), 2. 3. 5. 6. 7 ad Sab. (D. XXX, 1, 8. § 1.

der facito oder partito, dividito[497]), während man beim legatum per praeceptionem neben die alte Formel: L. Titi der L. Titius — praecipito, sumito tibique oder sibique habeto[498]) die Formel ſtellte: sibi praecipiat, sumat, habeat[499]). Sodann bei manumissio testamento traten neben das alte liber esto die Formeln liberum esse iubeo und liber sit (A. 31), während neben die Erbeinſetzungsformel: liber heresque oder liber et heres esto die Formeln traten: liber esto et, quum oder si oder postquam liber erit oder dergl., heres esto (A. 36).

Sodann bei der Stipulation war von Alters her das techniſche Stichwort gegeben: spondesne dari? spondeo, welches jedoch bereits die vorhergehende Periode fallen ließ in der Formel: dabisne? dabo, wie andrerſeits mit den Parallelformeln: fide tua promittis und fide tua esse iubes verſehen hatte (§ 47); die gegenwärtige Periode ſtellte nun daneben noch die Formeln facies? promittis? mihi erunt? wie fidei tuae erit? (Beil. XIX § VII unter VII). Und wiederum bei der nuncupativen Acceptilation trat neben die alte Formel acceptum habeo die Formel acceptum facio (A. 69).

---

fr. 24. pr. XXXV, 1, 4. § 1. fr. 8. XXXVI, 2, 13. XXXII, 1, 54), Afric. 2. 5 Quaest. (D. XXXV, 1, 31. XXX, 1, 108. § 7), Maecian. 2 Fideic. (D. XXXII, 1, 13), Marcell. Resp. (D. XXX, 1, 123. § 1), 28 Dig. (D. XXXI, 1, 50. § 2), Pap. 1 Def. (D. XXXV, 1, 79. pr. § 1. 4), 7 Resp. (D. XXXI, 1, 76 § 3. XXXV, 1, 77. § 2), 17. 18 Quaest. (D. XXXV, 1, 71. § 3. fr. 72. § 4. 8), Ulp. 5 Disp. (D. XXXV, 1, 19. § 2), 15. 19. 20. 24. 33 ad Sab. (D. XXX, 1, 14. 17. 30. pr. 32. pr. XXXIII, 4, 3. § 1. 3. 4. 8. 10. XXXVI, 2, 14. § 1. XXXIII, 7, 13), Paul. de Form. test. (D. XXXII, 1, 98), 6 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXVI, 2, 24), 2 ad Vit. (D. XXXI, 1, 12. § 1. XXXVI, 2, 21. § 1), 10 Quaest. (D. XXXI, 1, 82. § 1), 1 ad Sab. (D. XXX, 1, 5. § 1), 2 Epit. Alf. Dig. (D. XXXV, 1, 28), Marcian. 6 Inst. (D. XXXIV, 5, 14), Modest. Heurem. (D. XXXIII, 2, 19), Val. 1 Fideic. (D. XXXV, 1, 89).

497) Javol. 7 Epit. (D. XXXI, 1, 41. § 1). — Ulp. XXIV, 4. — Ulp. XXIV, 25, welche Formel allerdings bereits der vorigen Periode angehört: Cic. p. Cluent. 7, 21.

498) Prob. Einsiedl. p. 276 no. 41: P(raecipito), S(umito) T(ibi) Que) H(abeto); Not. Magnon. p. 298 no. 15 und Not. Pap. p. 326. no. 47. Scaev. 3 Resp. (D. XXXIII, 8, 26).

499) Scaev. 3 Resp. (D. XXX, 1, 88. pr.) vgl. A. 505.

In der gleichen Maaße ließ man ſodann in mannichfachen Beziehungen von der Strenge des alten Satzes nach, daß die Auslaſſung von Formeltheilen, ſei es ganzer Sätze oder nur einzelner Worte, den Act nichtig mache. Denn ſo, während die heredis institutio durch Titium heredem esse (om. iubeo) noch von Julian, und die institutio: Titius (om. heres esto) von Marcell für nichtig erklärt wurde, wird die erſtere Einſetzung von Ulpian, die letztere dagegen, ebenſo wie die Einſetzung durch Titius heres (om. esto) und Titius esto (om. heres) durch ein Reſcript von Anton. Pius für gültig erklärt[500]. Dagegen die Subſtitution auf: Si mihi Seius heres non erit, Sempronius heres esto wird, dafern die Inſtitution: Seius heres esto fehlt, von Javolen, Ariſto, Pomponius, Arrian und Ulpian für ungültig, von Pegaſus dagegen für gültig erklärt[501]. Sodann bei der tutoris datio ließ man die Formel zu: liberis meis tutorem do, ſonach mit Auslaſſung von lego (A. 26) und gleichermaaßen beim Vindicationslegate ſtatt do, lego (A. 493) ebenſo do[502], wie lego[503] ſchlechthin. Nicht minder ward das Damnationslegat: heres meus X Lucio damnas esto (om. dare) für gültig erklärt[504], während bei dem Präceptions-

500) Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 1. § 5—7) f. § 2 unter g. § 10 a. E. A. 165. 166; ebenſo auch Diocl. et Max. im C. Just. VI, 23, 7 und im Allgemeinen Pap. 19 Quaest. (D. XXXI, 1, 67. § 9), 8 Resp. (D. eod. fr. 77. § 22).

501) Ulp. 7 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 19) f. § 10 a. E. vgl. § 2 unter f.

502) Gai. II, 193 und ſo Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. XXXI, 1, 45. pr.), Gai. 1. 2. de Leg. ad Ed. Praet. (D. XXX, 1, 65. pr. § 1. XXXV, 1, 17. § 2), 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXIII, 1, 8), Pap. 7 Resp. (D. XXXII, 1, 91. § 1).

503) So ſchon Alfen. Var. 8 Dig. (D. XXXIII, 2, 40), und ſo auch Jav. 7 Ep. (D. XXXI, 1, 41. pr.), Cels. 37 Dig. (D. XXXI, 1, 30), Proc. 5 Ep. (D. XXXI, 1, 46), Jul. de Ambig. (D. XXXIV, 5, 13. pr.), 32 Dig. (D. XXX, 1, 81. § 4), Pomp. 6 ad Sab. (D. XXX, 1, 36. pr.), Afric. 6 Quaest. (D. XXX, 1, 109. pr.), Scaev. 15 Dig. (D. XXXIII, 2, 32. pr.), Marcell. 13 Dig. (D. XXXI, 1, 23), Gai. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXIII, 1, 8), 2 de Leg. ad Ed. Praet. (D. XXXV, 1, 17. § 1), Pap. 7 Resp. (D. XXXI, 1, 76. § 1. XXXV, 1, 77. pr.), 18 Quaest. (D. XXXV, 1, 72. § 5), Ulp. 5 Disp. (D. XXX, 1, 75. § 2), Paul. 9 ad Plaut. (D. XXXI, 1, 8. § 1), Modest. de Heurem. (D. XXXIII, 2, 19).

504) So ſchon Alf. Var. 2 Dig. (D. XXX, 1. 106) f. § 22.

legate wiederum die volle Form auf praecipito, sumito tibique habeto (A. 498) durch Auslaſſung bald von einem, bald von zweien dieſer Verba verkürzt wurde [505]). Ferner geſtattete man eine tutoris datio, wie heredis institutio des Sclaven sine libertate d. h. ohne ausdrückliche und unter ſtillſchweigender Manumiſſion [506]), wogegen die sine libertate ausgeſprochene Honorirung mit Legat oder Fideicommiß ungültig blieb [507]).

Endlich ward auch die volle Form der nuncupativen Acceptilation auf habeo acceptum acceptumque tuli zuerſt in habeo acceptum und weiterhin in habeo verkürzt (A. 69).

Was ſodann die Umſtellung von Wort oder Satz, ſomit die Abänderung der in der Formel gegebenen Wortfolge betrifft, ſo wird auch hierin von der alten Strenge des rigor abgegangen und ſolche Umſtellung nachgeſehen, ſo bei der Erbeinſetzung des Sclaven, wo man neben liber heresque esto auch die Formel nachließ heres liberque esto (§ 2 unter l), womit übereinſtimmend bereits Alf. Var. 5 Dig. (D. XXXIII, 8, 14) die Honorirung für gültig erklärt: servus meus peculium suum, quum moriar, sibi habeto liberque esto. Ebenſo ſtellte man beim Damnationslegate das dare damnas esto (A. 495) auch um in damnas esto dare, und ähnlich beim

505) Scaev. 6 Dig. (D. XXXIII, 7, 27. § 3): praecipito tibique habeto; Pap. 8 Resp. (D. XXXI, 1, 77. § 19): praecipiat sibique habeat; Scaev. 3 Resp. (D. XXXI, 1, 88. § 3) u. Paul. 2 ad Vit. (D. XXXIV, 2, 32. § 4): e medio sumito sibique oder tibique habeto; ſodann praecipito oder e medio praecipito oder praecipiat bei Scaev. 15 Dig. (D. XXXIII, 2, 32. § 6), 3 Resp. (D. XXXI, 1, 88. § 1. 2), Gai. II, 216. 2 de leg. ad Ed. Praet. (D. XXXV, 1, 17. § 3), Ulp. XXIV, 6; endlich e medio sumito oder sibi sumat: Scaev. 22 Dig. (D. XXXII, 1, 41. § 3), 3 Resp. (D. XXXIII, 4, 17. pr.), Ulp. 24 ad Sab. (D. XXXV, 1, 12).

506) Tutoris datio: Ulp. 36 ad Sab. (D. XXVI, 2, 10. § 4), Paul. 9 Resp. (D. eod. 32. § 2), Valer. et Gall. im C. Just. VII, 4, 9. Justin. im Cod. VI, 27, 5. pr. u. Inst. I, 14. 1. — Heredis institutio: Atilicinus nach J. Just. II, 14. pr.; anderer Anſicht aber Gai. II, 186. 187, während wiederum Ulp. XXII, 7—10. 12. 3 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 5. pr.) und andere Juriſten (ſ. Inst. cit.) die Erbeinſetzung sine libertate lediglich bezüglich des fremden, nicht aber des eigenen Sclaven zuließen. Der Anſicht des Atilicinus trat endlich bei Justin. im Cod. VI, 27, 5. pr. § 1. Inst. I, 6, 2. II, 14. pr.

507) M. Anton. Phil. im C. Just. VI, 27, 1. Pap. 15 Quaest. (D. XXVIII, 5, 76), Justin. im Cod. VI, 27, 5. § 2.

Präceptionslegat, wo man neben praecipito, sumito sibique habeto (A. 498) auch e medio sumito, praecipito sibique habeto zuließ [508]).

Ungleich weiter greifend waren jedoch die Umſtellungen, die man in der Aufeinanderfolge der teſtamentariſchen Diſpoſitionen geſtattete: denn während von Alters her das Teſtament mit der heredis institutio zu beginnen hatte und alle vorausgeſtellten anderen Diſpoſitionen nichtig waren (A. 21), ſo ſtatuirte zunächſt Labeo und ſeine Schule als zuläſſig, die tutoris datio voranzuſtellen, was jedoch die Sabinianer beſtritten; ſodann ließ Trajan die Vorausſtellung der namentlichen Enterbung zu [509]), während ſpäterhin auch das fideicommissum, wie die confirmatio codicillorum vorausgeſchickt werden durften [510]). Dagegen bezüglich der Legate und Manumiſſionen [511]), wie der Subſtitutionen [512]) hielt man an der alten Regel feſt, daß dieſe bei Gefahr der Nichtigkeit der heredis institutio nachzuſtellen waren.

Endlich den annullirenden Effect ungehöriger Zuſätze oder Einſchiebungen beſeitigte man durch das Axiom: superflua non

---

508) Damnationslegat: Ulp. XXIV, 4; ſo ſchon bei Alfen. Var. 2 Dig. (D. XXX, 1, 106) und ſo auch bei Lab. 2 Post. (D. XXXIII, 1, 17. pr.), Jul. 1 ad Urs. Fer. (D. XXX, 1, 104. pr. § 3. 5), 34 Dig. (D. XXXIII, 4, 3), Pomp. 4. 8 ad Qu. Muc. (D. XXXI, 1, 44. XXXIII, 1, 7. pr.), Ulp. 5 ad Sab. (D. XXX, 1, 4. § 1), 8 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXI, 1, 51. pr.), 5 Disp. (D. XXXV, 1, 19. § 1), Paul. 8. 9 ad Plaut. (D. XXXIV, 2, 7. 8), 10 Quaest. (D. XXXIV, 3. 25), 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXIV, 4, 6. § 1). Daneben auch damnas esto reddere, was zugleich unter den Geſichtspunkt der Wortvertauſchung fallend, bereits von Cascell. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXII, 1, 100. pr.) für gültig erklärt wird. Endlich dann damnas esto ei restituere vel actionem ei remittere: Ulp. 24 ad Sab. (D. XXXIV, 3, 9), d. e. liberare: Modest. 9 Reg. (D. eod. 19), d. e. non petere: Paul. 10 Quaest. (D. eod. 25). — Präceptionslegat: Paul. 13 Resp. (D. XXXII, 1, 95. pr.).

509) Gai. II, 231. — Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 1 pr.) und, darauf bezüglich, 3 ad Sab. (D. XXVIII, 3, 3. § 2); vgl. Gai. II, 127 und dazu Huſchke, Gaj. 40 fg. Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 3. § 3).

510) Ulp. fr. XXV, 8. — Marcell. Resp. (D. XL, 5, 56).

511) Gai. II, 229. Ulp. fr. XXIV, 15. Paul. sent. rec. III, 6, 2. J. Just. II, 20, 34. — Gai. II, 230. Ulp. fr. I, 20 21. J. Just. cit.

512) Ulp. 6 ad Sab. (D. XXVIII, 6, 2. § 4).

wesent[513]), wovon Anwendungen sich finden hinsichtlich der Testamente, Legate, Stipulationen und cognitoris datio[513a]).

Noch weit tiefer greifend war aber die Zersetzung der solennen Formel bei den familienrechtlichen Geschäften. Zunächst bei der manumissio per vindictam, wo schon von Alters her der Herr stillschweigend sich verhalten konnte (A. 36), scheint man auch die solenne Formel der anderen beiden Functionäre immer nachlässiger gehandhabt zu haben, so daß zuletzt als das wesentliche Element juristischer Solennität der dem Sclaven ertheilte Backenstreich und das Herumdrehen desselben angesehen ward[514]). Ebenso gelangte man bei der Adoption bereits zu Ausgang des 2. Jahrh. dazu, die Rede des in adoptionem dans überhaupt für entbehrlich zu erklären und in solchem Falle, wie im Allgemeinen dann, wenn ein Fehler in dem Adoptionsacte begangen war, die confirmatio principis, gleich wie bei der tutoris datio (A. 524) nachzulassen[514a]). Und wie hier, so werden wir eine nachlässige Handhabung der Formel auch bei der Emancipation voraussetzen dürfen, obwohl hier, wie bei der Adoption immer noch alle einzelnen Acte, aus denen dieselben sich zusammensetzen, zur äußeren Darstellung gelangten[514b]). Dagegen die alte Arrogationsform ward allmählig verdrängt durch die Form der Einholung der auctoritas des Kaisers, woraus die Form per rescriptum principis

---

513) Arcad. et Hon. im C. Th. IV, 4, 3. August. C. D. IV, 27 und ähnlich Pap. 3 Resp. (D. L, 17, 81): quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, ius commune non laedunt; Ulp. 2 Fideic. (D. L, 17, 94): non solent, quae abundant, vitiare scripturas.

513a) Testament: Arc. et Hon. in Anm. 516 cit. Vindicationslegat auf: do lego darique iubeo: Ulp. 20 ad Sab. (D. XXXIII, 7, 12. § 43.). Stipulation auf: arma virumque cano, spondeo! bei Flor. 8 Inst. (D. XLV, 1, 65). Cognitoris datio: Ulp. 8 ad Ed. (fr. Vat. § 318).

514) Vgl. Rein, Priv. Rt. 571. A. 2. 3. Unterholzner in Ztschr. f. gesch. R. W. II, 154 fg. So erklärt sich auch, daß man die Manumission des Magistrates vor sich selbst zuließ, wo Partei und ius dicens Eine Person sind, eine Praxis, welche bereits Javol. aufbrachte: Jul. 42 Dig. (D. XL, 2, 5) vgl. Ulp. 2 de Off. Cons. (D. XL, 2, 20. § 4).

514a) Callistr. 2 Inst. (D. I, 7, 29), Marcell. 26 Dig. (D. I, 7, 38).

514b) Dies ist die actus solemnitas, der solennis iuris ordo bei Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 49, 3. 48, 4.

ſich entwickelte, welche die comitiale Arrogation zuletzt völlig verdrängte[514c]).

Was hiernächſt den diſpoſitiven Beſtandtheil des Rechtsactes betrifft, ſo beſchränkte man zwar die Unſtatthaftigkeit der Beifügung von dies und condicio, hielt aber gleichwohl für eine Gruppe von ſolennen Acten auch in dieſer Periode daran noch feſt (A. 41 fg.). Dagegen hinſichtlich der Sprache, in welche der Rechtsact zu kleiden war, ließ man bezüglich der hierfür maaßgebenden Ordnung den Geſichtspunkt von rigor und aequitas gänzlich fallen und ſtützte vielmehr, geleitet durch praktiſche Rückſichten, ſolche Ordnung auf die Gegenſätze von ius civile und ius gentium, in der Weiſe, daß man bei den dem erſten angehörigen Rechtsgeſchäften nur die lateiniſche, bei den Geſchäften des Letzteren dagegen auch eine peregrine Sprache zuließ, daher namentlich bei der Stipulation des ius gentium und der fideiussio insbeſondere, wie bei der Acceptilation (Thl. I § 88). Und hierauf beruht denn nun auch die Zuläſſigkeit einer fremden Sprache bei der cognitoris datio[515]), bei Fideicommiſſen und Codicillen[516]), und bei Reſervationen[517]),

514c) Vop. Aur. 14, 7 fg. Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 48, 2. 6. 8. vgl. Rein, Priv. Rt. 475, A. 3. Marquardt, r. Alt. II, 3, 190 fg.

515) Fr. Vat. § 319. Daher iſt als irrig zu verwerfen, wenn Buchholtz, Vat. fragm. p. 344 die cognit. datio für iur. civilis erklärt. Das iſt jedoch richtig, daß aus der Solennität dieſes Actes zu entnehmen iſt, daß derſelbe von Born herein iuris civilis war und erſt im Laufe dieſer Periode iuris gentium wurde.

516) Wegen der Fideicommiſſe vgl. Gai. II, 281. Ulp. fr. XXV, 9. 2 Fideic. (D. XXXII, 1, 11. pr.): fideicommissa quocunque sermone relinqui possunt, non solum latina vel graeca, sed etiam punica vel gallicana vel alterius cuiuscunque gentis [lingua]. Griechiſche Fideicommiſſe bei Scaev. 18 Dig. (D. XXXII, 1, 37. § 6), 3 Resp. (D. XXXI, 1, 88. § 15), Paul. 2 Decr. (D. XXXVI, 1, 74. pr.), Modest. 10 Resp. (D. XXXI, 1, 34. § 1); griechiſche Codicille bei Scaev. 16. 18 Dig. (D. XXXII, 1, 101. pr. 37. § 5), Modest. 10 Resp. (D. XXXI, 1, 34. § 7). Fideicommiſſe und Codicille waren von Born herein iuris gentium und wurden erſt in dem Zeitalter Hadrians für iur. civilis erklärt (Thl. II, 852 fg.), wobei ihnen jedoch jene Licenz des ius gentium belaſſen wurde.

517) Ulp. 28 ad Ed. (D. XIV, 3, 11. § 5), wo von der publica proscriptio, ne cum institore contrahatur die Rede iſt.

wie andrerſeits die Ausſchließung von ſolcher bei den Teſtamenten im Allgemeinen mit Ausnahme der Fideicommiſſe, ſowie insbeſondere bei den Legaten, den Manumiſſionen und der tutoris datio[518]), ingleichen endlich bei der civilen Stipulation auf spondeo[519]). Dagegen entzogen ſich wiederum dieſem Geſetze die Acte des Civilproceßverfahrens[520]), trotzdem daß dieſes mit Ausnahme der leg. actio iuris gentium war, indem dort wieder der Geſichtspunkt durchſchlug, daß das officielle Idiom der Magiſtrate während der ganzen gegenwärtigen Periode die lateiniſche Sprache war und blieb (Thl. II A. 18).

Endlich hielt die gegenwärtige Periode einerſeits an dem Requiſite des palam nuncupare in Bezug auf die ſolennen Acte noch feſt[521]), während man andrerſeits ſelbſt bei den Letzteren wiederum geſtattete, einzelne Willensmomente ſtillſchweigend kund zu geben, und ſo zwar den Erben oder den ohne Individualbezeichnung honorirten Legatar oder den in gleicher Weiſe testamento Manumittirten durch ſtillſchweigende Kundgebung individuell zu bezeichnen, wie nicht minder auch in gleicher Weiſe das Object der Stipulation anzugeben[522]). Ja in letzterer Beziehung erkannte man ſogar an, daß ebenſo der vereinbarte Inhalt des in Stipulation gekleideten Vertrages,

---

518) Vgl. im Allgemeinen Theod. et Valent. im Nov. Th. XVI, 1, 8 (i. A. 702); wegen der Legate insbeſondere: Gai. II, 281. Ulp. fr. XIV, 9.

519) Gai. III, 93. vgl. Theoph. Par. III, 15, 1.

520) Thryph. 2 Disp. (D. XLII, 1, 48): decreta a praetoribus latine interponi debent. Vgl. Dirckſen, Civil. Abh. I, 65 fg.

521) Cels. 33 Dig. (D. XLV, 1, 99. pr.), Ulp. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 2, 21. pr.), Paul. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXIX, 7, 20); ſ. § 2.

522) Ulp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 9. § 8): si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, — — valet institutio. Cels. 22 Dig. (D. XXXIV, 5, 25): „Quem heredi meo dixero velle me liberum esse, liber esto“; „Cui ut dare damnas sit heres meus, dixero, ei heres meus dare damnas esto“: testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit, de quo dixit, adimplenda est. Ped. 1 Stip. bei Paul. 28 ad Ed. (D. XII, 1, 6): nihil referre, proprio nomine res appelletur an digito ostendatur. Vgl. A. 506, wie andrerſeits Paul. 19 Resp. (D. XXXIV, 5, 19), wozu vgl. Modest. 9 Resp. (D. XXXIII, 2, 18).

welcher nicht mit in die Stipulationsworte geſetzt worden war, dennoch als Beſtandtheil derſelben zu gelten habe, ſomit alſo ein Theil von deren Inhalt ohne ſolenne Rede vereinbart werden, als auch daß die mores regionis durch inactive Willenserklärung zum Inhalte der Stipulation erhoben werden konnten [523]).

Die in allen jenen Momenten zu Tage tretende Zeitſtrömung aber einer Abſchwächung des Princips der ſolennen Formel ward nun auch in einzelnen Beziehungen von der Legislation unterſtützt; und wie bereits in der vorhergehenden Periode der Prätor die Bon. poss. aus einem Teſtamente gab, bei welchem die Mancipationsſolennitäten nicht allſeitig beobachtet waren (A. 403), ſo führte die lex Claudia v. 44 für die in falſcher Form ausgeſprochene teſtamentariſche tutoris datio die confirmatio tutelae testam. ein. Und eine gewiſſe Verwandtſchaft hiermit hat die Vorſchrift des S. C. Neronianum, daß das wegen des unrichtigen Gebrauches einer ſolennen Formel nichtige Legat gelten ſolle „ac si optime iure legatum esset.“ Endlich Anton. Pius erklärte bei Schenkungen zwiſchen Eltern und Kindern jede Solennität für entbehrlich und auch die unformale Willensäußerung für genügend [524]).

§ 56.

Fortſetzung.

Die Form der juriſtiſchen Willenserklärung bei dem zweiſeitigen, wie bei dem bezüglichen Rechtsgeſchäfte insbeſondere. Die documentale Form der Rechtsgeſchäfte.

Hinſichtlich des zweiſeitigen Rechtsgeſchäftes ſtellte der rigor das Erforderniß, daß ſolches in conſonirende Worte ſich zu kleiden habe (§ 3), während die aequitas auch hier eine

---

523) Paul. 15 Resp. (D. XLV, 1, 134. § 1): plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur; 3 ad Ed. (D. II, 14, 4. § 3). — Ulp. 45 ad Sab. (D. L, 17, 54): semper in stipulationibus — — id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur.

524) Hänel, Corp. Leg. 46[b] und 56[a]. — Diocl. et Max. in fr. Vat. 314. Constant. im C. Th. VIII, 12, 4. Paul. sent. rec. IV, 1, 11. vgl. Schilling, Inſt. § 358. b.

informale Willenserklärung ſtatuirte (§ 16). Jenes Poſtulat des rigor ward nun in der gegenwärtigen Periode bei der Stipulation, bezüglich deren allein Quellenzeugniſſe zu Gebote ſtehen, vollſtändig beſeitigt mit der alleinigen Beſchränkung, daß lediglich die ſtillſchweigende Willenserklärung ausgeſchloſſen blieb, in Uebrigen aber die formale Diſſonanz der gebrauchten Stipulationsworte nicht mehr als Hinderniß des rechtsgültigen Vertragsabſchluſſes anerkannt wurde.

Und zwar zunächſt den abſoluten Theil der Stipulation: das Stichwort oder deſſen Stellvertreter betreffend, ſo geſtattete man nicht allein, daß der Interrogant und Reſpondent verſchiedener Stichworte ſich bedienten und z. B. auf die Frage dari spondes? die Antwort dabo erfolgte, ſondern man gab für die Antwort ſogar jedes Bejahungswort frei [525]).

Für den diſpoſitiven Theil dagegen ſah man nach, daß der Interrogant und Reſpondent gleichermaaßen formal verſchiedener, wenn nur real übereinſtimmender Worte ſich bedienten und ſomit ſei es das Subject, ſei es das Prädicat oder auch die Copula durch verſchiedene Worte ausdrückten [526]), oder auch verſchiedener Sprachen ſich bedienten [527]).

Endlich das Princip der Correſpondenz der Form bei beiderſeitigen Rechtsgeſchäften war bereits in der vorhergehenden Periode in der transscriptio a re in personam, expromissio, delegatio und fideiussio nicht feſtgehalten (§ 47) und wurde nun in der gegenwärtigen anderweit aufgegeben, indem für die iurata promissio operarum liberti die Acceptilation für

525) Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 2): si quis ita interroget: „Dabis“?, et responderit: „Quidni“? is uterque in ea causa est, ut obligetur. Dem Gai. III, 92. 93. iſt ſolche Freiheit noch unbekannt.

526) Gai. 2 de V. O. (D. XLV, 1, 141. § 3), Paul. sent. rec. V, 7, 2a (D. XLV, 1, 136. pr.), Florent. 8 Inst. (D. XLV, 1, 65. § 1): si in rei, quae promittitur, aut personae appellatione varietur, non obesse placet; nam stipulanti denarios eiusdem quantitatis aureos spondendo obligaberis, et servo stipulanti Lucio domino suo, si Titio, qui idem sit, daturum te spondeas, obligaberis. Dann auch der Fall von § 18 unter B.

527) Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 6): eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest, etc. J. Just. III, 15, 1. Theoph. in h. l.

zuläſſig erklärt [528]), und nicht minder auch gegenüber der ſolennen Obligation die solutio als ein ipso iure wirkender Aufhebungsgrund, das pactum de petendo aber als ein die bezügliche Klage elidirender Act anerkannt ward (A. 151. 152). Immerhin aber zeigte das alte Princip des rigor darin ſeine Nachwirkung, daß man einen unformalen Diſtract nur bei Conſenſualcontracten, nicht aber bei Verbal- oder Literalcontracten als ipso iure wirkſam anerkannte, vielmehr hier nuncupative oder reſp. literale Acceptilation erforderte [529]).

Dagegen gab man jetzt auch da, wo das bezügliche Geſchäft in eine im Allgemeinen correſpondirende Form ſich kleidete, das Erforderniß der correſpondirenden Worte auf: ebenſo können adstipulatio und adpromissio, wie auch die acceptilatio in andere Worte ſich kleiden, als die principale Stipulation ſelbſt [530]).

Neben allen jenen, im Obigen, wie in § 55 dargeſtellten Vorgängen gelangt endlich ein noch anderer hier in Betracht kommender hiſtoriſcher Entwicklungsproceß zum Abſchluſſe, der Uebergang nämlich von der nuncupativen zu der documentalen Geſchäftsform, ein Proceß, deſſen erſte Anfänge bereits der vorhergehenden Periode angehörten und welcher hier in den Vorkommniſſen zu Tage trat, daß die Niederſchrift bald zur ſolennen Form der Willenserklärung erhoben wurde, nämlich bei dem Teſtamente, bald aber auch nur zur freibeliebten Kundgebung der unformalen Willenserklärung, wie auch zur Beglaubigung der kundgegebenen Willenserklärung gewählt ward (§ 47). Nach beider Richtung hin ward nun in der gegenwärtigen Periode die Verwendung der documentalen Form verallgemeinert, und zwar, was zunächſt dieſe letztere, rein praktiſche Funktion der Niederſchrift betrifft, ſo dient ſolche, bei den wichtigeren Geſchäften angewendet, auch jetzt dem doppelten Zwecke ebenſo einer Kundgebung der unformalen Willenserklärung, wie auch der Bekundung einer bereits ver-

528) Ulp. 50 ad Sab. (D. XLVI, 4, 13. pr.).

529) Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XLVI, 3, 80), Ulp. 48 ad Sab. (D. L, 17, 35).

530) A. 84. 85. — Pomp. 27 ad Sab. (D. XLVI, 4, 15).

lautbarten Willenserklärung und ihres Inhaltes, sei es nun, daß hierbei einfach die dauernde Fixirung dieses geschäftlichen Inhaltes oder daß zugleich die Gewinnung eines schriftlichen Zeugnisses für das durch Unterschrift anerkannte Rechtsverhältniß beabsichtigt wird[581]). Die Form aber solcher Niederschrift ist eine doppelte, einestheils der epistola: in Briefstyl gehalten[582]), und sodann der tabula, auch tabella, oder des instrumentum[583]): im Urkundenstyl gehalten[584]).

Beide Formen nun finden die weiteste Verwendung zu den zahlreichsten Rechtsgeschäften (s. § 16), so die epistola für die Manumission, wie für Eingehung der Ehe und für die gestio tutoris[585]), für das pactum hypothecae, wie Fideicommiß[586]), für donatio[587]), venditio und locatio[588]), mandatum[589]),

---

581) Ueber die römischen Urkunden vgl. Gneist, Form. Vertr. 329 fg. Dieselben werden je nach der Besonderheit ihres Inhaltes besonders präsicirt theils als cautio im eigentlichen Sinne d. h. Stipulationsurkunde: Gneist a. O. 239 fg. vgl. 233 fg. 329 fg.; theils als chirographum oder syngraphum d. h. Urkunde, wodurch der Schreiber sich zu einer obliegenden Rechtsverbindlichkeit bekennt: Gneist a. O. 331 fg. 413 fg. Heimbach, Creditum 508 fg. 539 fg., sowie Thl. II A. 517; theils als apocha und antapocha, Quittung und Gegenquittung: Gneist a. O. 25 fg. Vgl. Ulp. 41 ad Sab. (D. XLVII, 2, 27), Paul, sent. rec. V, 24, 5.

582) Gneist a. O. 336 fg.

583) Gneist a O. 338 fg.

584) Wegen der Unterschrift: subscriptio oder subsignatio: Gneist a. O. 350 fg. Dazu tritt vielfach die Versiegelung, obsignatio: Brisson. de Form. VI, 62; allein auch öfter die Beisiegelung, assignatio: Pers. Sat. V, 81 und Schol. in h. l., Jul. 39 Dig. (D. XXX, 1, 92. pr.), Scaev. 19 Dig. (D. XXVI, 8, 20), Gord. im C. Just. IV, 51, 2, Sev. Al. das. XI, 39, 1. Vgl. Sen. de Ben. III, 15, 1. Scaev. 9 Dig. (D. XXIV, 1, 66. pr.): subscripsi et assignavi; instrum. donat. Statiae Irenes bei Zell, Del. I no. 1780. instrum. bei Paul 3 Quaest. (D. XLV, 1, 126. § 2).

585) Paul. sent. rec. IV, 12, 2. J. Inst. I, 5, 1. Theoph. in h. l. — Pomp. 4 ad Sab. (D. XXIII, 2, 5). — Modest. de Heur. (D. XXIX, 2, 50).

586) Scaev. 27 Dig. (D. XX, 1, 34. § 1). — Pap. 6. 8 Resp. (D. XXXI, 1, 75. 77. § 26).

587) Epist. des C. Jul. Caedus bei Zell, del. I no. 1781, Scaev. 28. 31 Dig. (D. XLIV, 7, 61. § 1. XXXIX, 5, 35. pr.), 5 Resp. (D. XXXIX, 5, 32), Pap. 12 Resp. (fr. Vat. 263), 29 Quaest. (D. XXXIX, 5, 27),

constitutum debiti proprii, wie alieni[590]), pacta, ſo z. B. de non petendo und precarium, für Bekenntniß über empfangenes depositum[591]) und für stipulatio[592]). Endlich iſt auch ähnlich der libellus divortii[593]).

Und ebenſo finden ſich tabulae, wie für das Verlöbniß, über Adoption und Manumiſſion[594]), ſo auch als instrumenta dotalia und nuptialia[595]), ferner über die divisio hereditatis[596]), als instrumenta donationis[597]), emtionis oder auctoritas[598]) und locationis[599]); über societas[600]), mutui datio[601]), depo-

---

Ulp. 17 ad Ed. (D. VI, 1 77), Car. Carin. et Num. im C. Just. VIII, 54, 5. Diocl. daſ. c. 13. fr. Vat. 281.

588) Marc. Resp. (D. XIII, 7, 34), Gai. 12 ad Ed. prov. (D. XXVI, 8, 9. § 6), Paul 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 1. § 2). — Locatio: Gai. l. c.

589) Scaev. 1 Resp. (D. XVII, 1, 60. § 4), 6 Dig. (D. eod. 62. § 1), Ulp. 9 ad Ed. (D. III, 3, 1. § 1), Paul. 4 Resp. (D. XVII, 1, 59. § 5), 32 ad Ed. (D. eod. 1. § 1).

590) Marc. Resp. (D. XIII, 5, 24), Scaev. 1. 5 Dig. (D. II, 14, 47. § 1. XIII, 5, 31. XIV, 3, 20), 1 Resp. (D. XIII, 5, 26), Afric. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 34. pr.). — Jul. 21 Dig. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 5. § 3), Scaev. 1 Resp. (D. XIII, 5, 26).

591) Lab. bei Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 2. pr.), Ulp. 27 ad Sab. (D. XIII, 5, 14. § 3).. — Pap. 11 Resp. (D. II, 14, 41). — Gai. 26 ad Ed. prov. (D. XLIII, 26, 9). — Scaev. 1 Resp. (D. XVI, 3, 28), Pap. 9 Quaest. (D. XVI, 3, 24), Paul. 4 Resp. (D. XVI, 3, 26. § 2).

592) Paul. 7 Resp. (D. XXIV, 1, 57), Sev. Al. und Car. VIII, 38, 1.

593) Pap. 1 de Adult. (D. XXIV, 2, 7), Diocl. et Max. im C. Just. V, 17, 6.

594) Paul. 32 ad Ed. (D. XXIII, 1, 7. pr.), Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 48, 4. Martial. IX, 88.

595) Gneiſt a. O. 42. N. 6.

596) Scaev. 20 Dig. (D. XXVI, 8, 20), Modest. 2 Resp. (D. II, 14. 35).

597) Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 54, 23. vgl. Schilling, Inſt. § 356. vv.

598) Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 6), Scaev. 5 Dig. (D. XIII, 7, 43. pr.), 2 Resp. (D. XIX, 1, 48. XXIV, 1, 58. § 2), Pap. 5 Quaest. (D. II, 14, 39), 7 Resp. bei Ulp. 20 ad Sab. (D. XXXIII, 7, 12. § 45), Marc. ad form. hyp. (D. XX, 6, 8. § 15), Gord. im C. Just. IV, 51, 2. Val. et Gall. daſ. IV, 50, 4. Sev. und Car. daſ. VIII, 54, 1. Sev. Al. daſ. III, 1, 4. Diocl. et Max. daſ. IV, 19, 20. IV, 21, 3. Constant. im C. Th. II, 17, 1. § 4.

599) Hygin. de Gen. contr. 132, 11. Aggen. Urb. comm. 14, 23.

situm, hypotheca [602]) und constitutum debiti [603]), wie als Anerkennung der Paraphernal-Qualität eheweiblichen Vermögens [604]) und als Quittung [605]). Sodann auch wiederum als Documente über geſchehene manumissio [606]) und mancipatio [607]), wie fiducia [608]), und endlich auch über die stipulatio, wobei es durchaus üblich iſt, ſolches Document in referirender Rede zu halten und ſomit grammatiſch auf die dritte Perſon zu ſtellen [609]).

Was nun die Stipulationsurkunden insbeſondere betrifft, ſeien dieſelben epistolae oder tabulae, ſo iſt zu deren Vollſtändigkeit erforderlich die Bekundung der doppelſeitigen ſolennen Rede der beiden Contrahenten (vgl. A. 609.) Dagegen die Faſſung ſolcher Urkunden, wobei die initiative Anfrage des stipulator mit Stillſchweigen übergangen und lediglich die ſolenne Antwort des promissor bekundet wird, wie z. B. in der epistola bei Paul. 7 Resp. (A. 592), iſt lückenhaft und

---

Pap. 5 Quaest. (D. II, 14, 39), Ulp. 3 Opin. (D. L, 8, 2. § 13), Paul. 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 24 pr.), 4 Quaest. (D. XVII, 2, 77).

600) Siebenbürg. Wachstaf. bei Mommſen in Monatsber. d. Akad. d. Wiſſ. in Berl. 1857. S. 521.

601) Modest. 3 Resp. (D. XXII, 1, 41. § 2), Carac. im C. Just. VIII, 41, 6.

602) Paul. 4 Resp. (D. XVI, 3, 26. § 1). — Gai. de Form. hyp. (D. XX, 1, 4. XXII, 4, 4).

603) Scaev. 28 Dig. (D. XLIV, 7, 61. pr.).

604) Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIII, 3, 9. § 3).

605) So im Verkaufsinſtrument des Bellicus, wie des Dasius bei Mommſen, in A. 600 cit. S. 519 fg. und Detleſſen in Sitzungsber. d. phil. hiſt. Cl. d. Akad. d. Wiſſ. in Wien. 1857. XXIII, 606 fg.

606) Pers. Sat. V, 81.

607) Instrum. donationis Flav. Syntrophi, Statiae Irenes und Flav. Artemidori in Zell, del. I no. 1779. 1780. 1785; vgl. Lab. 4 Poster. a Jav. ep. (D. XVIII, 1, 78. pr.).

608) C. J. L. II no 5042.

609) Gneiſt, a. O. 243 fg. Die regelmäßige Redewendung iſt: stipulatus est Titius, spopondit Lucius, woneben ſich ſeltener auch findet: Titio stipulanti spopondit Lucius, ſo bei Paul. 7 Quaest. (D. XXVI, 7, 43. § 1). Nur ausnahmsweiſe iſt das Document auf directe Rede und zwar des promissor geſtellt: stipulatus est Titius, spopondi ego Lucius, ſo Pap. 11 Resp. (D. XLV, 2, 11 § 2), Paul. 3 Quaest. (D. XII, 1, 40).

macht dieſelbe ungeeignet, den ausreichenden proceſſualiſchen Beweis der geſchehenen Stipulation zu liefern, da ja ein weſentlicher Moment des Thatbeſtandes: die verpflichtende Rede des einen Contrahenten gar nicht bekundet, ſomit alſo dieſer Moment durch andere Beweismittel zu eruiren iſt. In Betreff ſolcher mangelhaft redigirter Stipulationsurkunden iſt jedoch von Septimius Severus und Caracalla ein ſingulärer Rechtsſatz ausgeſprochen worden, der jene Anforderung des proceſſualiſchen Beweisrechtes zu Gunſten jener Urkunden aufhebt durch den Satz, daß aus der Urkunde, welche die geſchehene promissio des promissor bekundet, ein Inzicht dafür zu entnehmen ſei, daß auch der Stipulator die entſprechende ſolenne Stipulations-Frage wirklich geſtellt habe:

Sev. und Car. im C. Just. VIII, 38, 1 (200): licet epistolae, quam libello inseruisti, additum non sit stipulatum esse eum, cui cavebatur, tamen si res inter praesentes gesta est, credendum est praecedentem stipulationem (esse) vocem spondentis secutam;

Ulp. 47 ad Sab. (D. XLV, 1, 30. J. Inst. III, 20, 8): sciendum est generaliter, quodsi quis se scripserit fideiussisse, videri omnia solenniter acta;

Paul. 15 Resp. (D. XLV, 1, 134. § 2): quum Septicius literis suis praestiturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint, si inter praesentes actum est, intelligendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis; Sent. rec. V, 7, 2 (J. Inst. III, 19, 17): quodsi scriptum fuerit instrumento, promisisse aliquem, perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit.

Hierin allenthalben aber wird, wie bemerkt, in Wahrheit lediglich ein proceſſualiſches Indicium anerkannt, nicht aber eine Abänderung der Stipulationsform ausgeſprochen: die Letztere beſteht nach wie vor aus der zweiſeitigen typiſchen Rede der Contrahenten[610]), und andrerſeits kann wiederum

610) Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. pr.).

jenes Indicium durch Gegenbeweis entkräftet werden[610a]) und zwar ebenso durch directen, wie auch durch indirecten Gegenbeweis, daher insbesondere auch, worauf Severus und Paul. citt. ausdrücklich hindeuten, durch den Nachweis, daß zu dem Zeitpunkte, in welchen die Urkunde die verpflichtende Rede des Promissor verlegt, der Stipulator gar nicht gegenwärtig gewesen sei. Demgemäß aber ist als irrig zurückzuweisen, wenn Gneist, formelle Verträge, aus jenen Stellen ein Mehreres entnimmt und insbesondere darin ebenso eine Fiction für Beobachtung der Stipulationsform findet[611]), wie in der Hervorhebung der praesentia der Contrahenten den letzten Ausläufer des Erfordernisses der unitas actus erblickt[612]), ja endlich auch annimmt, daß die Schrift geradezu an Stelle der nuncupativen Wechselrede getreten sei[613]). Vielmehr hat die gegenwärtige Periode durchaus keine neue documentale solenne Geschäftsform geschaffen.

§ 57.

Das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes.

Die Frage nach dem rechtsverbindlichen Elemente des Rechtsactes war bezüglich des unsolennen Actes bereits in der vorher-

---

610 a) Vgl. auch Valer. et Gallien. im C. Just IV, 22, 1 (259).

611) S. 256. Denn die Fiction ist ein Rechtssatz, welcher hinsichtlich eines Thatbestandes ein ebenso wahrheitswidriges, als auch im Bewußtsein solcher Wahrheitswidrigkeit gesetztes Urtheil ausspricht. Greift daher solcher Rechtssatz Platz, gleichgültig, ob der in Wirklichkeit eingetretene Thatbestand warm Urtheile entspricht oder nicht, so liegt sicher keine Fiction vor; und das ist im Obigen der Fall: der Satz videri omnia solenniter acta greift Platz, gleichgültig ob omnia solenniter acta sunt oder non sunt. Richtiger statuirt daher Savigny, Obl. Rt. II, 207 statt einer Fiction eine „strenge Vermuthung". Andrerseits von Arcad. Hon. et Th. im C. Th. II. 4, 6 (406) wird die Stipulationsurkunde als litterarum obligatio bezeichnet; vgl. Gothofr. in h. l.

612) S. 260; allein das Requisit der unitas actus wird voll, nicht aber in jener geschmälerten Weise aufrecht erhalten: A. 51a.

613) S. 256; allein die obigen Stellen besagen unzweideutig nur so viel, daß aus der Schrift auf die Nuncupation zu schließen sei, nicht aber daß die Erstere die Letztere ersetze. Anders in der nächsten Periode: s. A. 670.

gehenden Periode unbeſtritten zu Gunſten der aequitas entſchieden worden: bei dem unſolennen Geſchäfte im Allgemeinen ward die Willensbeſtimmung, bei dem zweiſeitigen unſolennen Geſchäfte im Beſonderen ward der Conſens als das rechtsverbindliche Element anerkannt (§ 48). Dieſe Sätze, wie die beſonderen Conſequenzen, daß ſolche Rechtsacte bei ſimulirter oder nicht ernſtlicher Willensbeſtimmung nichtig, im Interpretationsfalle aber die Interpretation ex voluntate zu geben ſei, bekunden daher die Quellen dieſer Periode in zahlreichen Aeußerungen (§ 17. 18. 20 fg.). Namentlich aber hinſichtlich des fideicommissum werden jene Sätze mit einem gewiſſen Nachdrucke hervorgehoben [614]), während wiederum die manumissio minus solennis von der Geſetzgebung ſelbſt auf die voluntas geſtützt wird [615]).

Bezüglich des ſolennen Rechtsgeſchäftes dagegen war die Frage, ob Wort oder Wille als das maaßgebende und prävalirende Element anzuerkennen ſei, bereits der ausgehenden erſten Periode und zwar vornämlich auf dem Gebiete der Interpretationstheorie entgegengetreten, indem hier jene Frage namentlich von der Rhetorik angeregt worden war, und hier auch dieſelbe zugleich eine ganz unmittelbare praktiſche Bedeutung gewann (§ 48). Eine endgültige Entſcheidung war indeß weder auf theoretiſchem, noch auf praktiſchem Gebiete und weder von der Rhetorik, noch von der Jurisprudenz jener Periode erzielt worden, indem vielmehr die Juriſten insbeſondere in zwei diſſentirende Gruppen: in Vertreter je des rigor und der aequitas ſich ſpalteten (§ 50. 51). In der gegenwärtigen Periode nun nimmt dieſe Controverſe ganz entſchieden den

---

614) Pap. 8 Resp. (D. XXXVI, 1, 57. § 1. XXXI, 1, 77. § 12): in fideicommissis voluntatem spectari conveniat. — Ordo scripturae non impedit causam iuris ac voluntatis; Ulp. fr. XXV, 1: fideicommissum est, quod non — ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis; 2 Fideic. (D. XXXII, 1, 11. § 19); Paul. de iur. cod. (D. XXX, 1, 127); Car. Carin. et Numer. im C. Just. VI, 42, 16. J. Just. II, 20, 3 (ſ. A. 658). Beiſpiele ſ. bei Pap. 8 Resp. (D. XXXI, 1, 77. § 12. XXXV, 1, 101. pr.), Ulp. 5 Fideic. (D. XXXV, 1, 92).

615) Lex Junia Norbana v. 19: qui voluntate domini in libertate fuerit; ſ. Thl. II, A. 826.

Verlauf, daß die aequitas eine allſeitig anerkannte und allgemeine Geltung erlangt, dem entſprechend alſo die Herrſchaft des rigor faſt vollſtändig beſeitigt wird. Und zwar vollzieht ſich ſolche Entwicklung auf dem doppelten Wege, daß theils ein ſorgſam ausgearbeitetes Syſtem der Interpretation durchgreifend auf die aequitas geſtützt und damit der voluntas das unbedingte Uebergewicht gegenüber dem verbum zuerkannt wird: und in dieſer Modalität greift die Rhetorik dieſer Periode in jenen hiſtoriſchen Proceß ein (§ 58); theils aber auch in der Weiſe, daß in iſolirten d. h. nicht in ein eigenes Syſtem zuſammengeſtellten, dabei aber äußerſt zahlreichen Sentenzen bei Gelegenheit theoretiſcher Erörterungen oder praktiſcher Entſcheidungen das actum oder der consensus gegenüber dem dictum, die voluntas oder mens gegenüber dem verbum für das rechtsverbindliche Element des Rechtsgeſchäftes erklärt oder bei deſſen Interpretation zur Geltung gebracht wird: und in dieſer Maaße ſpricht namentlich die Jurisprudenz dieſer Periode ihre Anſichten aus. Beiſpiele hierfür treten uns entgegen bei dem Teſtamente, wo das actum, die voluntas oder dergl. als das prävalirende Element ebenſo im Allgemeinen [616]), wie auch im Beſonderen bezüglich der heredis institutio [617]) und tutoris datio [618]), wie des legatum [619]) anerkannt wird und wo dem entſprechend auch in dem Interpretationsfalle die interpretatio ex voluntate Platz greift [620]): bei scriptum et voluntas [621])

---

616) Pomp. 3 ad Sab. (D. XXX, 1, 12. § 3): voluntas — facit, quod in testamento scriptum valeat, wozu vgl. Ulp. 4 Disp. (D. XXVIII, 5, 35, § 3); Marcell. Resp. (D. XXXII, 1, 69. pr.), Paul. 3 ad Sab. (D. L, 17, 12).

617) Ulp. 5 Disp. (D. XXXV, 1, 19. pr.), vgl. 24 ad Sab. (D. XXXIV, 4, 3. § 9).

618) Paul. 6 Quaest. (fr. Vat. 227): is datus est (sc. tutor), quem dare se testator sensit.

619) Jav. 3 ex. Post. Lab. (D. XXXIV, 5, 28): eum (sc. servum) legatum esse, quem testator legare sensisset; Jul. 1 ad Urs. Fer. (D. XXX, 1, 104. pr.).

620) Marcell. 11 Dig. (D. XXXIV, 5, 24): cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id quod credibile est cogitatum, credendum est.

621) Lab. bei Paul. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 20. § 1) und bei

und ratiocinatio [622]), wie bei definitio [623]), ambiguum [624]) und contrariae leges [625]). Nicht minder werden bei in iure cessio [626]), mancipatio [627]), wie lex mancipii [628]) ebenſo actum

---

Proc. 3 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 6, 16. pr.), Jav. 3 ex Post. Lab. (D. XXXIV, 5, 28), Cels. bei Marcian. 3 Reg. (D. XXVIII, 5, 51. § 1), Cels. und Jul. 29 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. pr.), Jul. de Ambig. (D. XXXIV, 5, 13. § 6), Gai. 2 de Leg. ad Ed. Praet. (D. XXXV, 1, 17. pr. § 1), Pap. 7 Resp. (D. XXXI, 1, 76. § 2), Ulp. 5. 20. 35 ad Sab. (D. XXVIII. 5, 9. § 2. 4. XXXV, 1, 9. XXVI, 2, 16. § 3. 4), Modest. 10 Resp. (D. XL, 4, 44), Callistr. 2 Quaest. (D. XXXV, 1, 82).

622) Cels. 37 Dig. (D. XXXI, 1, 30), Jul. und Ulp. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. pr. § 1), Ulp. 1. 24 ad Sab. (D. XXXVIII, 5, 1. § 5—7. XXX, 1, 50. § 3).

623) Lab. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 2, 41), Proc. 5 Epist. (D. XXXI, 1, 46), bei Ulp. 22 ad Sab. (D. XXXIII, 9, 3. § 2), Proc. und Jav. 7 Epist. (D. L, 16, 116), Cass. bei Paul. 9 ad Plaut. (D. XXXIV, 2, 8), Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40. § 3), Cels. bei Ulp. 23 ad Sab. (D. XXXIII, 6, 3. § 1). Ped. bei Paul. 2 ad Vit. (D. XXXIII, 7, 18. § 3), Pomp. 4. 8. 9 ad Qu. Muc. (D. L, 16, 122. XXXIV, 2, 33. 34. § 1), Scaev. 3 Resp. (D. XXXIII, 7, 20. § 2. 3), Pap. 7 Resp. (D. XXXIV, 5, 1), Ulp. 6. 18. 20. 22. 23. 44 ad Sab. (D. XXVIII, 7, 2. pr. VII, 1, 15. § 6. XXXII, 1, 73. § 3. XXXIII, 9, 3. § 3. XXXIII, 6, 9. pr. § 2. XXXII, 1, 50. XXXIV, 2, 25. § 11), 4 Disp. (D. XXVIII, 5, 35. § 3), Paul. 4 ad Sab. (D. XXXIII, 10, 3. § 5), Modest. 9 Resp. (D. XXXIII, 10, 8), Anton. Pius bei Scaev. 4 Resp. (D. XXXIV, 1, 13. § 1).

624) Lab. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40. § 5), Jav. l. c. (D. XXXII, 1, 29. § 4), Pomp. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 29), Marc. 11 Dig. (D. XXXIV, 5, 24), Pap. 16. 18 Quaest. (D. XXXIV, 9, 12. XXX, 1, 90. pr.), Ulp. 22. 23. 24. 25 ad Sab. (D. XXX, 1, 47, pr. § 1. L. 17, 17. XXX, 1, 49. § 3), XXXIV, 3, 5. § 3. XXXIII, 9, 1. XXXIII, 8, 6. § 3), 4 Disp. (D. XXVIII, 6, 24), Paul. 6 Quaest. (j. N. 618), Marcian. 6 Inst. (L. XXXV, 1, 33. § 1), Modest. 2 Pand. (D. XXVIII, 5, 62. § 1).

625) Lab. bei Paul. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 20. § 1), Afric. 5 Quaest. (D. XXXV, 2, 88. pr. § 1).

626) Cels. 12 Dig. bei Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIII, 3, 7. § 2): si ususfructus in dotem datus sit, videamus, utrum fructus reddendi sunt necne? et Cels. — ait interesse quid acti sit; Jav. 12 Epist. in N. 627.

627) Jav. 12 Epist. (D. XLIV, 7, 55): in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; vgl. § 26 unter a. b. d.

628) Lab. bei Jav. 4 ex Post. Lab. (D. XVIII, 1, 77); vgl. N. 409a.

der voluntas oder consensus als das Maaßgebende anerkannt, wie auch die interpretatio ex voluntate im Falle des scriptum et voluntas [629]), wie der ratiocinatio [630]) gegeben. Endlich wird nicht minder bei der Stipulation [631]), wie Acceptilation [632]) das actum für das rechtsverbindliche Element erklärt und consensus erfordert, wie auch ex voluntate interpretirt, ſo im Falle der ratiocinatio [633]), der definitio [634]) und des ambiguum [635]).

---

629) Bei mancipatio Marcell. 6 Dig. in Ulp. 28 ad Sab. (D. VIII, 4, 6. § 3): si quis in mancipando (Trib.: tradendo) dixerit fundum Titio servire, quum ei non serviret, esset autem obligatus venditor Titio ad servitutem praestandam, an agere possit ex vendito, ut emtor servitutem imponi patiatur praedio, quod mercatus est? magisque putat permittendum agere.

630) Bei lex mancipii Lab. 4 Post. a Jav. epit. (D. XVIII, 1, 78. pr.): fistulas emtori accessuras in lege dictum erat; quaerebatur, an castellum, ex quo fistulis aqua duceretur, accederet? respondi apparere id actum esse, ut id quoque accederet, licet scriptura non contineretur.

631) Sentenzen bezüglich der Contracte im Allgemeinen geben: Pomp. 36 ad Qu. Muc. (D. XLIV, 7, 57) in § 18; Pap 2 Resp. (D. L, 16, 219) in § 17; Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 1. § 3) in § 18. Dann bezüglich der Stipulation Ulp. 45 ad Sab. (D. L, 17, 34): semper in stipulationibus — — id sequimur, quod actum est; 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 18): in stipulationibus quum quaeritur, quid actum sit; 50 ad Sab. (D. eod. 41. pr.): quid forte senserit hoc est quid inter eos acti sit (sc. stipulatione); utique enim hoc sequimur, quod actum est; und im Beſonderen: Cels. bei Ulp. 46 ad Sab. (D. XLIV, 2, 8. § 2), Venul. 3 Stip. (D. eod. 31. § 1), Ulp. 46. 47. 48 ad Sab. (D. eod. 6. pr. 8. § 1. 5. XLV, 2, 3. pr. XLVI, 2, 2), Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 27. § 2), 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 6), 3 Stip. (D. XLVI, 2, 31. § 1), 24 Quaest. (D. eod. 29). Eine Ausnahme bilden jedoch die stipulationes praetoriae i. § 17 a. E. 19 a. E. — Sodann Cenſens: Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 1), Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 1) und J. Just. III, 19, 23: ſ. § 18 unter A 3.

632) Pap. 1 Def. (D. II, 15, 5) ſ. unten; Ulp. 47 ad Sab. (D. XLVI, 4, 6): si quidem apparet, quid actum est, id solum per acceptilationem sublatum est; 48 ad Sab. (D. eod. 8. pr.); vgl. § 17 a. E. A. 158.

633) Marc. 3 Dig. (D. XLV, 1, 94), Ulp. 5 ad Sab. (D. eod. 41. pr.), 3 Disp. (D. XII, 4, 6. pr.), Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 3, 41. § 1).

634) Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. XLV, 1, 110. § 1) ſ. A. 184.

635) Sabin. bei Pap. 2 Quaest. (D. XLV, 1, 115. § 2), Proc. 5 Epist.

Hiermit allenthalben aber ſtimmt überein, daß, wenn gleich die von Alters her überlieferte ſimulative Verwendung der ſolennen Rechtsgeſchäfte unbeanſtandet gelaſſen und dieſe Function ſolcher Scheingeſchäfte reſpectirt wird (§ 8), dennoch im Uebrigen bei ſimulirter oder nicht ernſtlicher Willenserklärung auch der ſolenne Act für nichtig erklärt wird[636]), ſowie daß in der gegenwärtigen Periode nun auch das Requiſit ausgeſprochen wird, wie dem ſolennen Rechtsgeſchäfte ein entſprechender animus inliegen müſſe, ſo der Stipulation ein animus stipulandi, der Novation ein animus novandi[637]).

Während ſomit in allen dieſen Sätzen die aequitas als das maaßgebende Princip auch dem ſolennen Rechtsgeſchäfte gegenüber anerkannt wird, zugleich aber auch jene Ausſprüche theilweis bis in die erſten Anfänge der gegenwärtigen Periode zurückgehen, ſo verräth doch andrerſeits die Litteratur dieſer Periode wiederum in mannichfachen Spuren, daß die Jurisprudenz weder zu Einem Zeitpunkte, mit Einer Wendung und in allgemeiner Uebereinſtimmung den Uebertritt auf den Standpunkt der aequitas vollzog, noch auch vollſtändig den Einflüſſen jener älteren Theorie ſich zu entziehen vermochte, die dem rigor die Herrſchaft über das ſolenne Rechtsgeſchäft zuerkannte. Allerdings zwar treten ſolche Spuren nur vereinzelt und faſt verwiſcht in den Quellen auf: denn der leitende Geſichtspunkt der juſtinianeiſchen Legislation, welcher in extremſtem Maaße das Princip der voluntas betonte und zur Geltung erhob (§ 63), machte ſelbſtverſtändlich ſich auch geltend bei Compilirung der

---

(D. L. 16, 125), Cels. 26. 38 Dig. (D. XXXIV, 5, 26. XLV, 1, 99. pr.), Scaev. 5 Resp. (D. XLV, 1, 135. pr.), Paul. 14 ad Plaut. (D. XXXIV, 5, 21).

636) So das Teſtament von Traian. bei Flor. 10 Inst. (D. XXIX, 1, 24) und die Stipulation von Paul. 2 Inst. (D. XLIV, 7, 3. § 2); ſ. § 20. Im Allgemeinen vgl. Leiſt, Mancipation 164.

637) Animus stipulantium: Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 12). Animus novandi: Lab. bei Jav. 6 ex Post. Lab. (D. XXIV, 3, 66. § 2), Cels. 3 Dig. (D. XLVI, 2, 26), Jul. 54 Dig. (D. XLV, 1, 58), Pomp. 5 ex Plaut. (D. XLVI, 2, 24), Venul. 3 Stip. (D. eod. 31. pr.), Pap. 2 Def. (D. eod. 28), 27 Quaest. (D. XXII, 1, 4. pr.), Ulp. 46 ad Sab. (D. XLVI, 2, 8. § 5), Paul. 14 ad Plaut. (D. eod. 22), 5 Resp. (D. eod. 30), 3 Quaest. (D. XII, 6, 60. § 1), Gord. im C. Just. VIII, 42, 3.

Digesten und bestimmte hier, bei dem wichtigsten und ausgiebigsten Quellenmateriale für den obigen historischen Proceß, zu einer planmäßigen Ausscheidung aller auf den rigor gestützten theoretischen, wie praktischen Sentenzen. Dennoch aber ist es den Compilatoren des Corpus iuris nicht völlig gelungen, alle Spuren der Geltung des rigor bei dem solennen Rechtsgeschäfte, welche die Litteratur dieser Periode für ihre Zeit bekundete, gänzlich auszutilgen, vielmehr finden sich, wie bemerkt, noch mehrfache Spuren der Rückwirkung jener älteren Theorie von der Herrschaft des rigor.

Zuvörderst nämlich ist allerdings nicht ausdrücklich bekundet, daß auch in der gegenwärtigen Periode noch einzelne Juristen für den rigor eine durchgreifende und unbedingte Geltung bei dem solennen Rechtsgeschäfte im Allgemeinen beanspruchten; allein immerhin ist dies aus gewissen Hinweisen der Quellen zu folgern. Denn wenn bezüglich der Acceptilation berichtet wird von

Pap. 1 Def. (D. II, 15, 5): quum Aquiliana stipulatio interponitur, quae ex consensu redditur, lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur: liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentum fregit;

oder bezüglich der Legate in

J. Inst. II, 20, 3: cum — antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem, wozu vgl. Ulp. XXV, 1 (s. A. 615);

so ist in diesen Zeugnissen, deren historischer Rückblick sicher nicht über die Kaiserzeit zurückgreift, direct bekundet, daß bei Acceptilation, wie Legat dem verbum die Prävalenz vor der voluntas von gewissen Juristen und zwar im Gegensatze wiederum zu anderen Juristen[638]) eingeräumt wurde, und hieraus nun ist weiter zu entnehmen, daß jene Juristen dem rigor die maaßgebende Geltung auch bei dem solennen Rechtsgeschäft im Allgemeinen zuerkannt haben.

Sodann bekunden aber die Quellen auch gewisse Theorieen,

---

638) S. A. 619. 632 und die bezüglichen Stellen in A. 621—625.

welche wiederum nur in einzelnen, dem ſolennern Geſchäfte inliegenden Beziehungen dem rigor eine Geltung zuerkennen; und hierher gehören ebenſo

Gai. 1 de Test. ad Ed. Praet. (D. XXXV, 1, 16): in his quae extra testamentum incurrerent, possunt res ex bono et aequo interpretationem capere; ea vero, quae ex ipso testamento orirentur, necesse est secundam scripti iuris rationem expediri[639]);

wie auch Modest de Heurem. (D. XXXIII, 2, 19): si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit, si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: „Titio fundum detracto usufructu lego“ vel: „Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato.“ Quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit[640]).

Nicht minder laſſen die Quellen erkennen, wie namentlich die früheren Juriſten dieſer Periode bei ihren caſuiſtiſchen Entſcheidungen von dem Einfluſſe ihrer auf den rigor ſich ſtützenden Vorgänger vielfach ſich nicht frei zu halten vermögen, vielmehr trotzdem, daß ſie in thesi die aequitas vertreten, im con-

---

639) Hierin liegt der Satz: inſoweit das Teſtament unmittelbar durch ſeine Diſpoſitionen Recht und Pflicht des Erben oder ſonſt Honorirten regelt, wird das Rechtsverhältniß nach Maaßgabe des rigor beurtheilt; inſoweit dagegen Recht und Pflicht außerhalb ſolcher Diſpoſitionen in Frage kommen, iſt die aequitas das maaßgebende Princip. Es iſt hiermit die für die Stipulation mit doli clausula geltende Ordnung auf das Teſtament übertragen ſ. Beil. XIX bei A. 66. Es harmonirt jedoch nicht vollkommen mit obiger Regel Gai. 2 de Leg. ad Ed. Praet. (D. XXXV, 1, 17. pr. § 1).

640) Hierin liegt das allgemeine Geſetz: der Irrthum in der Willenserklärung iſt irrelevant und wird ſomit nicht emendirt, dafern er in einem ſolennen Rechtsgeſchäfte als unrichtiger Gebrauch einer techniſchen Formel auftritt. Es wird hiermit ein hinſichtlich des Einzelwortes gültiges Interpretationsgeſetz (§ 28 unter c) auf die techniſche und ſolenne Formel übertragen. Wenn immer daher die Motivirung der obigen Entſcheidung ganz offen auf den rigor ſich ſtützt, ſo unterfällt doch die Entſcheidung an ſich in Wahrheit bereits einem anderen Geſichtspunkte.

arten Falle ihre Entſcheidung vom rigor beſtimmen laſſen, beeinflußt hierin, wie bemerkt, durch die Methode und Reflexion eines den rigor vertretenden Vorgängers, an welchen Jene bei der betreffenden Entſcheidung anknüpfen. Solche Sentenzen bieten beiſpielsweiſe Labeo bei Jav. 7 Epist. (D. L, 16, 116.) in § 23, bei Pomp. 5 ad Sab. (D. XXXVIII, 5, 29) und 2 Post. a Jav. epit. (D. XXXII, 1, 29. § 4) in § 24, wie denn auch ſelbſt noch die Sentenzen von Jul. und Marcell. bei Ulp. 1 ad Sab. (D. XXXVIII, 5, 1. § 5. 7) in § 10 auf dem Standpunkte des rigor ſtehen[641]).

In der gleichen Weiſe bekunden auch verſchiedene ſyſtematiſche und theoretiſche Geſichtspunkte, an welchen die Jurisprudenz dieſer Periode feſthielt, die Nachwirkung der Herrſchaft des rigor. Und ſo vor Allem das dem Serv. Sulpicius entlehnte Contractsſyſtem mit ſeiner Claſſification von obligationes, quae re, verbis, litteris und consensu nascuntur (A. 485); ſo insbeſondere auch die Weſenbeſtimmung von Stipulation und Expenſilation bei Gaius, wie bei Modestin[642]); ſo ferner der Geſichtspunkt des ad interrogatum esse responsum, den man gegenüber der Stipulation feſthielt[643]); und ſo nun auch darin, daß man der stipulatio inutilis die Wirkung als pactum abſprach[644]).

Zum Fünften treten aber auch in der wiſſenſchaftlichen Methode der Rechtswiſſenſchaft mannichfache Nachwirkungen des rigor in den Quellen hervor. Hierher gehören vor Allem die in Dig. XXXIII und XXXIV überlieferten, aus älteren Rechtswerken entlehnten Titelüberſchriften: de tritico, vino vel oleo legato, de instructo vel instrumento legato, de peculio le-

641) Dahingegen gehören wohl der vorhergehenden Periode an die Entſcheidungen bei Jul. 8 Dig. (D. IX, 2, 51. § 2) in § 11 a. E., wie 29 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. pr.) in § 9 a. E., nicht minder bei Ulp. 42 ad Sab. (D. XXI, 2, 31) in § 5.

642) Gai. III, 137 und 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1, § 7), wie Modest. 2 Reg. (D. XLIV, 7, 52. § 2) in § 6.

643) Gai. III, 102. Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 3). Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 2) in § 6, und im Gegenſatz hierzu Ulp. cit. (D. cit. § 4) bei A. 156 und Paul. cit. (D. cit. § 3) bei A. 157.

644) Und zwar im Gegenſatze zur acceptilatio inutilis: § 17 a. E.

gato, de penu lagata, de supellectile legata u. dergl. m., welche insgeſammt auf die erſte Periode ſich zurückleiten und hier nach dem Geſichtspunkte des rigor aufgeſtellt worden ſind (A. 416). Und ebenſo reflectirt der noch für Cicero maaßgebende Geſichtspunkt, bei der definitio durchgehends nur nach dem rigor zu interpretiren (Beil. XVII, § V), bei den früheren Juriſten dieſer Periode: auch dieſe erörtern nur den allgemein ſprachlichen Sinn des zu definirenden Wortes, ohne nach der concreten Willensbeſtimmung des daſſelbe Verwendenden weiter zu fragen, ein Verfahren, welches z. B. durch die viel ventilirte Definition von penus beſtätigt wird, wo zuerſt Procul. bei Ulp. 22 ad Sab. (D. XXXIII, 9, 3. § 2) der von ihm gegebenen Begriffsbeſtimmung die vom Standpunkte der aequitas unabweisbare Beſchränkung beifügt: nisi contraria mens testatoris appareat (vgl. § 23 unter b), wogegen keiner ſeiner zahlreichen Vorgänger vor ihm dieſes einſchränkenden Momentes gedenkt (49).

Endlich hält die gegenwärtige Periode auch noch inſoweit an dem rigor feſt, als derſelbe das Mittel bietet, um dadurch zu Sätzen und Entſcheidungen zu gelangen, die angemeſſen und wünſchenswerth erachtet wurden. Und im Dienſte dieſer Richtung wird nun der rigor ganz allgemein gegenüber der exheredatio verwendet (§ 28 unter e), während ein ſpecielleres Beiſpiel dafür ſich darbietet bei Pomp. 7 ad Qu. Muc. (D. XXXVIII, 5, 68) und Modest. 7 Diff. (D. XXXV, 1, 52). Die Rechtswiſſenſchaft der Republik hatte nämlich die constitutio aufgeſtellt: vitiosa est et heredis institutio et legatum ex alieno arbitrio pendens[645]), und dieſe Conſtitution ward auch von der Rechtswiſſenſchaft dieſer Periode reſpectirt; im Intereſſe aber der Vermeidung einer Deſtitution des Teſtamentes erklären nun Pomp. und Modest. diejenige Erbeinſetzung des Sempronius oder deſſen Honorirung mit Legat für rechtsbeſtändig, welche darauf concipirt war: si Titius in Capitolium ascenderit, weil, wenn auch reell die Honorirung des Sempronius von dem arbitrium des Titius abhänge, dennoch nominell dieſelbe nicht auf ſolches arbitrium geſtellt ſei, eine Entſcheidung, die, wie geſagt,

645) Gai. 1 de Testam. (D. XXVIII, 5, 32. pr.).

lediglich mit Argumenten operirt, welche durchaus auf dem Standpunkte des rigor ſtehen.

Dahingegen bezüglich der Proceßacte[646]), wie bezüglich der das Privatrecht betreffenden Geſetze, Senatusconſulte, Edicte und kaiſerlichen Conſtitutionen[647]) wird in der gegenwärtigen Periode die aequitas zur unbeſchränkten Herrſchaft erhoben. Und dieſe letztere Thatſache iſt nun auch von dem unmittelbarſten und entſcheidendſten Einfluſſe für die Stellung der Rechtswiſſenſchaft geworden, inſofern dadurch dieſelbe die größte Freiheit der interpretativen Action gegenüber den Geſetzen gewann. Denn in Folge deſſen griff nunmehr die ächte Interpretation auch bei scriptum et voluntas, wie bei ratiocinatio Platz: und indem diesfalls dieſelbe ex mente legis interpretirt, ſo wird nach der Auffaſſung des Alterthumes durch ſolche Thätigkeit nicht einfach ein bereits gegebenes, wenn auch in gebundenem und verborgenem Zuſtande vorhandenes Recht explicirt, als vielmehr ein ganz Neues an Recht aufgefunden und geſetzt und ſomit ein Act der Rechtsſchaffung ſelbſt vollzogen (§ 9 unter b. und c. Thl. I, 61). Und ſodann jene unächte, in § 49 dargelegte Interpretatio der vorhergehenden Periode hört nun inſofern ganz auf, als die entſprechende Thätigkeit der Rechtswiſſenſchaft nicht mehr die ächte Interpretation als Maske vornimmt, ſondern fort-

---

646) Arist. bei Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 1), Jul. 50 Dig. (D. XXXIV, 5, 12), Pomp. bei Ulp. 16 ad Ed. (D VI, 1, 5. § 5), Ulp. 26 ad Ed. (D. V, 1, 61. pr.), Paul. 5 ad Plaut. (D. L, 17, 172. § 1), 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 1). Vorher ſchon Serv. bei Pomp. 2 ad Sab. (D. V, 1, 80).

647) So ſchon Alf. Var. 4 Dig. (D. X, 4, 19), und dann Cels. 26. 33 Dig. (D. I, 3, 17. 19), Aristo bei Paul. 3 ad Sab. (D. XXXVI, 1, 19. § 1), Gai. 6 ad Ed. prov. (D. V, 3, 17), Pap. de Adult. (D. XLVIII, 5, 11. § 5), Ulp. 3. 29 ad Ed. (D. I, 16, 6. § 1. XIV, 6, 7. § 4), 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 41. § 12), Tryphon. 4 Disp. (D. XLIX, 15, 12. § 8), Macer 1 Publ. (D. XLVIII, 5, 24. § 3), Carac. im C. Just. IX, 9, 3. Wegen der Interpretation im Allgemeinen: Cels. 29 Dig. (D. I, 3, 18), ſowie bei scriptum et voluntas und ratiocinatio im Beſonderen l. § 21. 22 und ein hiſtoriſches Beiſpiel in Thl. II A. 855. Dem entſpricht, daß man das Verbot des fraudem facere legi auf alle Geſetze (l. A. 212 fg.) extendirte: Paul. ad. l. Cinc. (D. I, 3, 29), Ulp. 4. 29 ad Ed. (D. I, 3, 30. XIV, 6, 3. § 3. fr. 7. § 3), fr. XXV, 17 u. A. m.

an ohne dieſen unwahren und erborgten Rechtfertigungsgrund und kraft eigener, ſich beigemeſſener Machtvollkommenheit rechtsſchöpferiſch auftritt: die Interpretatio in jenem hiſtoriſchen Sinne der erſten Periode verwandelt ſich nunmehr in eine iurisperitorum auctoritas[648]), als ſolche nun in größter Freiheit der Bewegung und Operation wahrhaft neue Rechtsſätze ſchaffend durch das Mittel der ratiocinatio. Und zwar machen die römiſchen Juriſten von ſolcher ratiocinatio den doppelten Gebrauch, daß ſie, einen Rechtsſatz oder ein Rechtsinſtitut in das Auge faſſend als das Vorbild, aus welchem durch Analogie eine neue Satzung herzuleiten iſt, nach ſolchem Vorbilde entweder ein juriſtiſch noch nicht geregeltes Verhältniß ganz neu mit einer Rechtsordnung verſehen und ſo daſſelbe überhaupt erſt zum Rechtsinſtitute erheben, oder aber ein bereits gegebenes Rechtsinſtitut mit einem neuen Rechtsſatze verſehen, wobei dieſe doppelte Thätigkeit vielfach mit der Redewendung ad exemplum oder exemplo, instar oder ad instar, wie per consequentias oder consequentiam ſich einführt[649]).

§ 58.

Die Syſteme der Interpretation der Rechtsgeſchäfte und Geſetze.

Die ſyſtematiſche Darſtellung und Behandlung des auf dem Gebiete der Interpretation hervorgetretenen Principienſtreites zwiſchen rigor und aequitas war in der vorigen Periode der Rhetorik allein überlaſſen geblieben, indem die Juriſten jene Controverſe lediglich in vereinzelten Sentenzen und überwiegend praktiſch behandelten (§ 50). Auch für die gegenwärtige Periode nun fehlt jede Andeutung, daß der Gegenſatz der beiden Principien eine umfaſſende ſyſtematiſche Erörterung Seitens

---

648) Cic. Top. 5, 28. Pap. 2 Def. (D. I, 1, 7); bei Gai. I, 2: responsa prudentium.

649) Jul. 47 Dig. (D. XXXIX, 6, 17), Pap. 7. 8 Resp. (D. XXXI, 1, 76. pr. 77. § 29), Ulp. de Off. Proc. (D. XLVIII, 19, 9. § 3), Paul. Not. ad Jul. 27 Dig. (D. XXXIX, 6, 15), 2 ad Ed. (D. VI, 1, 27. § 3), Marcian. 1 Publ. iud. (D. XLVIII, 15, 3. § 1), vgl. Paul. 54 ad Ed. D. I, 3, 14. L, 17, 141. pr.), ſowie Brisson. d. V. S. s. vv.

der Juriſten gefunden habe, ſei es in monographiſcher Darſtellung, ſei es in allgemeineren Werken über die Theorie des Rechtes. Denn weder werden wir dem Werke Julians de Ambiguitatibus[650]), noch dem den Rechtswerken der gegenwärtigen Periode angehörigen Titel de Rebus dubiis dieſe Bedeutung beimeſſen dürfen.

Wohl aber hat die Rhetorik dieſes Zeitraumes den von der vorigen Periode ihr überlieferten Lehrſtoff über die Interpretation beibehalten und ihren Syſtemen eingeordnet. Und zwar nimmt dieſelbe gegenüber jenem Lehrſtoffe nunmehr durchgehends und entſchieden den Standpunkt der aequitas ein: ebenſo die derſelben eigenthümlichen Interpretationsfälle des scriptum et voluntas und der ratiocinatio als durchaus vollberechtigt anerkennend, wie auch die ſämmtlichen Fälle durchgreifend nach dem Principe der aequitas behandelnd. Denn dieſen Standpunkt bekunden nicht nur Quintilian, wie Hermogenes, ſondern auch bereits Rhetoren vor Quintilian[651]). Wenn nun aber hierin im Vergleiche mit der vorhergehenden Periode eine Wendung in der theoretiſchen Behandlung der Interpretationslehre ſich vollzog (§ 50), inſofern der rigor als gültiges Interpretations-Princip völlig aufgegeben wurde, ſo iſt doch andrerſeits wiederum dieſe Wendung durchaus nicht beſonders durch Gründe theoretiſch gerechtfertigt und weder auf ſpeculative Deductionen, noch auf hiſtoriſche Argumente geſtützt worden, indem man vielmehr jene Reconſtruction der Interpretationstheorie ohne weitere Rechtfertigung vollzog, geſtützt durch das Bewußtſein, daß die Stimme der Rechtswiſſenſchaft und Legislation, wie der Nationalanſchauung ſelbſt (§ 61) dieſer reformirten Lehre ihren Beifall zolle.

Insbeſondere aber die Theorie Quintilians iſt in ihren Hauptpunkten zuſammengefaßt und reſumirt in J. O. VII, 10, 1. 2.:

Est autem quaedam inter hos status cognatio: nam et in

---

650) Ambiguum im weiteren Sinne umfaßt alle Fälle der Interpretation: Beil. XVII. § III.

651) Rhetor. bei Quint. III, 6, 43: contrariae leges et ratiocinativus status — et — scripti et voluntatis aequo nitantur.

finitione quae sit voluntas nominis quaeritur; et in syllogismo — — spectatur, quid voluerit scriptor; et contrarias leges duos esse scripti et voluntatis status apparet; rursus et finitio quodammodo est amphibolia, cum in duas partes diducatur intellectus nominis; scriptum et voluntas habet in verbis vocis[652]) quaestionem, quod idem in antinomia petitur.

Hieraus aber erhellt, wie in ſolcher Theorie jener Uebertritt auf den Standpunkt einer Alleinherrſchaft der aequitas ſich vollzogen hat und die Geltung des rigor, welche noch die Theorieen Ciceros anerkennen, völlig beſeitigt iſt. Daher verſchwindet bei Quint. vor Allem die petitio principii über die Herrſchaft von iustitia oder von aequitas vollſtändig und an die Stelle der Principfrage, ob Wort oder Wille prävalire, treten die Thatfragen, ob, bei Prävalenz des Willens, das Wort demſelben congruent, und welches verneinenden Falles die Willensbeſtimmung des Redenden ſei, ſomit alſo die Fragen, wie der Widerſtreit zwiſchen Wort und Willen zu erkennen und im Falle ſolchen Widerſtreites der Wille zu conſtatiren ſei. Auf dieſe Prämiſſen laufen daher auch alle Zweifelsfragen zurück, mit denen die Rhetorik ſich beſchäftigte und die theilweis ſogar noch unter der nämlichen Terminologie auftreten, der wir in den Werken Ciceros begegneten, ſo die Claſſen-Bezeichnung an ſich von scriptum et voluntas, oder die Frage scripto an voluntate standum sit? worunter nunmehr lediglich die entgegenſtehenden Partei-Behauptungen zu verſtehen ſind, daß das scriptum dem Willen des Redenden entſpreche oder aber incogruent ſei[653]).

---

652) Die ſpaldingſche Leſung „iuris", welche Halm recipirt, zerſtört das punctum saliens.

653) J. O. III, 6, 87. VII, 1, 49. 6, 4. 9. 12. 7, 1. 8, 2. Dagegen verräth die äußere Darſtellungsweiſe Quintilians in manchen Partieen allerdings die Spuren eines Einfluſſes von Ciceros Darſtellung, ſo cap. 6 des lib. VII, wo erſt in c. 11 Quintilian zu einer ſelbſtſtändigeren Behandlung ſich erhebt. Ja in einzelnen Sentenzen vermögen wir ſogar einen weitergehenden und den Stoff ſelbſt ergreifenden Einfluß der ciceronianiſchen Theorie zu erkennen, wie z. B. VII, 6, 9: qui scriptum tuebitur adiuvare se etiam voluntate tentabit; denn dieſe aus Cic. de Inv. II, 44, 128

Wenn ſo daher bei Quintilian der alte Gegenſatz von rigor und aequitas wenigſtens immer noch in gewiſſen Ausdrucksweiſen nachklingt, ſo fehlt nun ſelbſt dieſer Nachhall gänzlich bei Hermogenes de Statibus, der, unter dem Einfluſſe der älteren griechiſchen Schultradition ſtehend, durchaus mit keiner Andeutung den frühern hiſtoriſchen Gegenſatz der Principien verräth.

Durchgehends aber erkennen Beide, Quintilian wie Hermogenes, der aequitas die ausſchließliche Herrſchaft bei allen Interpretationsfällen zu: bei scriptum et voluntas und ratiocinatio, wie bei definitio, ambiguitas und contrariae leges. (Beil. XVII § IV—VIII). Und zwar wird insbeſondere die ambiguitas, welche von Quint. in eine amphibolia in singulis und in coniunctis zerlegt wird, von demſelben als eine verdoppelte definitio, die contrariae leges aber von Quint. und von Hermog., wie auch früher bereits von Cic. de Orat., als ein verdoppeltes scriptum et voluntas aufgefaßt (Beil. XVII A. 56. 58. 65), während wiederum das scriptum et voluntas von Quint. in obscurum et voluntas und planum et voluntas zerlegt wird, deren Erſteres jedoch in Wahrheit gar nicht die weſentlichen Merkmale dieſes Interpretationsfalles an ſich trägt (Beil. XVII A. 45).

Während ſomit die Theorie der Rhetorik die Anwendung des rigor bei der Interpretation gänzlich fallen läßt, ſo benutzten doch andrerſeits wiederum die Rhetorenſchulen zu ihren praktiſchen Uebungen nicht allein die Frage über die Behandlung des Widerſtreites von Wort und Willen, ſondern auch die Frage über die Prävalenz je des einen von Beiden, wofür Beiſpiele in den Declamationen des falſchen Quintilian überliefert ſind[654]).

---

entlehnte Vorſchrift kann ja nach Quintilians Theorie, wonach das scriptum durchaus keinen Eigenwerth mehr hat, nicht mehr die Bedeutung einer Nützlichkeits-Regel, als vielmehr nur einer unabweisbaren principiellen Conſequenz haben.

654) Quint. Decl. 264. 308. vgl. 260: non hoc vidit lex, quae recitata est, non voluntas eius, quicumque conditor iuris istius fuit.

§ 59.

Die Relevanz von vis, dolus und error in ihrem Einfluſſe auf die Willensbeſtimmung bezüglich der Teſtamente.

Die Relevanz von vis und dolus bei der Willensbeſtimmung von Rechtsacten im Allgemeinen beruht theils auf den Rechtsſätzen bezüglich der bon. fid. actiones, theils auf den aus der vorigen Periode entſtammenden bezüglichen Edicten (§ 52). Insbeſondere dieſe Edicte ſchließen nun allerdings ihrem Wortlaute nach die Teſtamente von ihrer Anwendung keineswegs aus; gleichwohl aber ſind dieſelben bezüglich der Letzteren in der That unanwendbar, weil ihre bezüglichen Rechtsmittel vorausſetzen, daß der Gezwungene oder Betrogene durch die wider ihn angewendete vis oder fraus einen Vermögensnachtheil erlitten habe, der Erblaſſer aber, der durch vis oder dolus zur Errichtung eines Teſtamentes beſtimmt oder aber von deſſen Errichtung abgehalten worden iſt, ſelbſt ſolchen Vermögensnachtheil in der That nicht erlitten hat. Hierdurch aber wird die Annahme begründet, daß die honorariſchen Edicte über vis und dolus niemals bezüglich der Teſtamente Anwendung erlitten haben; und dieſe Annahme findet darin eine Beſtätigung, daß die Quellen auch in keiner Weiſe eine Anwendbarkeit der in integr. restit. oder actio oder exceptio quod met. causa oder de dolo bezüglich der Teſtamente andeuten.

Vielmehr iſt die rechtsconſtitutive Grundlage, auf welcher die Relevanz von vis oder dolus bezüglich der Teſtamente beruht, eine andere und zwar wiederum eine verſchiedene je für die beiden hier in Betracht kommenden Fälle. Denn dafern Jemand durch vis oder dolus einen Anderen von der Errichtung eines Teſtamentes abhält, ſo wird hierdurch der Inteſtaterbe oder der in einem früheren Teſtamente eingeſetzte Erbe indignus und deſſen Erbtheil caducum: und dieſe Ordnung geht aus von einer Conſtitution Hadrians:

Ulp. 48 ad Ed. (D. XXIX, 6, 1) vgl. Scaev. 3 Resp. (D XXXI, 1, 88. § 4), Paul. 44 ad Ed. (D. XXIX, 6, 2), 16 Resp. (D. XXXIV, 9, 19), Sent. rec. V, 12, 2. Diocl. et Max. im C. Just. VI, 34, 2. vgl. Keller, Inſt. 392 fg.

Dahingegen dann, wenn Jemand durch vis oder dolus des Anderen zur Errichtung eines Teſtamentes beſtimmt worden iſt, ſo iſt ſolches, inſoweit es dadurch beeinflußt worden, nichtig, ſo daß inſoweit Inteſtaterbfolge eintritt: und dieſe Ordnung nun iſt durch das Recht der Wiſſenſchaft geſetzt worden:

Ulp. 41 ad Ed. (D. XXXVII, 11, 2. § 7), Sev. Alex. im C. Just. VI, 34, 1 (229).

Beidemal iſt es daher die Nullität des betreffenden Rechtsactes, welche den Effect von vis oder dolus bildet; und gerade dieſer Satz harmonirt auf das vollkommenſte mit der innerhalb unſeres Princips herrſchenden allgemeinen Tendenz, die principiellen Unterſätze ohne das Medium ſelbſteigener Rechtsmittel zur Geltung zu bringen (§ 46 a. E.).

Was ſodann den error in der Willensbeſtimmung bei Teſtamenten betrifft, ſo erlangt derſelbe erſt in der gegenwärtigen Periode und zwar durch das Recht der Wiſſenſchaft juriſtiſche Relevanz. Denn daß derſelbe in der vorhergehenden Periode noch irrelevant iſt, ergiebt ſchon ein bei Cic. de Orat. I, 38, 175. 57, 245. Val. Max. VII, 7, 1. berichteter einſchlagender Proceßfall, inſofern derſelbe durchaus nur dem Geſichtspunkte des Notherbenrechtes unterſtellt, in keiner Weiſe aber dabei auf den error an ſich ein juriſtiſches Gewicht gelegt wird[655]). Und ſodann wird von Serv. Sulpicius Rufus und deſſen Schülern der error erörtert bei dem legatum pecuniae pro dote debitae, in dem Falle ſomit, wo der Teſtator eine Summe an Stelle einer zu reſtituirenden dos legirt, die er entweder gar nicht oder von geringerem Werthe empfangen hat, ſolcher Irrthum aber für irrelevant erklärt: das Legat gilt ſo, wie es ausgeſprochen iſt[656]). Wie daher im Allgemeinen die Theorie von der Rele-

655) Vgl. hierüber Schilling, Bemerk. über r. Rt. 189 fg. Schmidt, Ferm. Rt. der Notherben 57 fg. Voigt im Archiv f. civil. Praxis 1871 Bd. 54. A. 26. Es liegt hier allerdings ein Irrthum in den Motiven vor

656) Lab. 2 Post. a Jav. epit. (D. XXXIII, 4, 6. pr. § 1) vgl. A. 174c. Voigt im Archiv f. civ. Prax. 1870. Bd. 53. § 4 unter C 2 d. Dieſer Rechtsſatz ward als ein ſinguläres und zwar beſtimmt durch den favor dotis von der ſpäteren Jurisprudenz beibehalten: Jul. bei Ulp. 5 Disp. (D. XXX, 1, 75. § 1), Anton. Pius bei Paul. 10 Quaest. (D. XXXIV, 3, 25), Sev. und Car. in Inst. II, 20, 15. Sev. Alex. im C. Just.

vanz des error in der Willensbeſtimmung erſt der gegenwärtigen Periode angehört (§ 52), ſo iſt dies auch rückſichtlich des error in der Willensbeſtimmung bei Teſtamenten insbeſondere der Fall; und zwar wird hier zuerſt der Irrthum über die Eigenthumszuſtändigkeit der legirten Sache in Betracht gezogen, indem derſelbe von Nerat. Priscus dann für relevant erklärt wird, wenn der Teſtator die Sache eines Dritten für die ſeinige hielt und ſolche einem ferner Stehenden legirt, worauf dann weiterhin eine Conſtitution von Antoninus Pius dieſe Entſcheidung ſancirt[657]. Späterhin treten ſodann auch andere Fälle des error in der Willensbeſtimmung bei Teſtamenten in den Quellen heror und insbeſondere wird unter gewiſſen Vorausſetzungen für relevant erklärt der error in condicione alterius von Afric. 4 Quaest. (D. XXVIII, 2, 14. § 2), Ulp. 1 ad Sab. (D. eod. 15), Val. et Gall. im C. Just. VI, 23, 5. Diocl. et Max. daſ. VI, 24, 7., ſowie der error in sua condicione von Aristo bei Marc. 9 Dig. (D. XXIX, 7, 9), Ulp. 1 Fideic. (D. XXXII, 1, 1. pr.), fr. XX, 11., Paul. 2 Reg. (D. XXVIII, 1, 14).

Insbeſondere aber in der letzteren Beziehung ward die Relevanz des error in dem beſonderen Falle, daß ſolche den Status des Teſtator betraf, in einer Conſtitution von Antoninus Pius zu dem allgemeinen Satze formulirt: de statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt[657a]), ein Satz, welcher ebenſo ergiebt, wie die Relevanz des error beim Teſtamente durchaus von dem Geſichtspunkte aus des hier erörterten Princips: der voluntatis ratio in das Auge gefaßt wurde (§ 30), wie andererſeits wiederum über die Sphäre des

---

IV, 44 3. Diocl. et Max. daſ. c. 5; ja inconſequenter Weiſe ward derſelbe auf alle Fälle des legatum oder fideicommissum debiti verallgemeinert: Scaev. 3 Resp. (D. XXXI, 1, 88. § 10. XXXII, 1, 93. § 1), Ulp. 5 Disp. (D. XXX, 1, 75. § 1), Paul. 10 Quaest. (D. XXXIV, 3, 25), Sev. Alex. im C. Just. VI, 44, 2.

657) Vgl. Pap. 19 Quaest (D. XXXI, 1, 67. § 8), Pomp. 2 ad Qu. Muc. (D. XXXII, 1, 85 und in Inst. II, 20, 4), Caj. Epit. II, 5, 2. Im Allgemeinen vgl. Voigt a. O. § 17. 18.

657a) Ulp. 12 ad Ed. (D. XXVIII, 1, 15), 10 ad Sab. (D. XXVIII, 3, 6. § 8), Paul. 2 Reg. (D. XXVIII, 1, 14).

error noch hinausgreift, indem nicht bloß dem Irrthum, somit der objectiven Wahrheitswidrigkeit, sondern sogar schon dem Zweifel, somit der subjectiven Ungewißheit über den eigenen Status der annullirende Effect beigemessen wird.

Mit jenem Rechtssatze aber: de statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt steht endlich wiederum in historisch innerer Verbindung der Rechtssatz, welchen ausspricht

Pomp. 3 ad Sab. (D. XXIX, 2, 23): in repudianda hereditate vel legato certus esse debet de suo iure is, qui repudiat, wozu vgl. Paul. 59 ad Ed. (D. eod. 19);

oder in noch allgemeinerer Fassung

Pap. 24 Quaest. (D. L, 17, 76): in totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt,

insofern auch hier für gewisse erbrechtliche Geschäfte ebenso die objective Wahrheitsmäßigkeit (vera scientia), wie die subjective Gewißheit (certa scientia) des Willens erfordert, somit genau entsprechend, wie bei dem obigen Rechtssatze, ebenso der objectiven Wahrheitswidrigkeit, somit dem Irrthume, wie der subjectiven Ungewißheit, somit dem Zweifel eine Relevanz und zwar annullirender Effect beigemessen wird. Allein der juristische Moment, auf welchen hier der Wille sich richtet und der somit vom error oder dubium betroffen wird, ist nicht der Inhalt, als vielmehr die causa des Rechtsgeschäftes, welches Erwerb oder Ausschlagung des Successionsrechtes vermittelt, so daß somit dieses Verhältniß einem wesentlich verschiedenen systematischen Gesichtspunkt sich unterordnet: nicht dem Irrthume in der Willensbestimmung, als vielmehr in der causa des Rechtsgeschäftes[657b].

657b) Vgl. Voigt a. O. § 7. Bezügliche Entscheidungen bieten Lab. bei Cels. 16 Dig. (D. XXVIII, 5, 59. pr.), Cass. und Sab. bei Pomp. 3 ad Sab. (D. XXII, 6, 3. § 1), Afric. 1. 4 Quaest. (D. XXIX, 2, 46. pr.), Pomp. bei Paul. 2 ad Sab. (D. eod. 22), Pap. 16 Quaest. (D. eod. 84), Ulp. 6. 7. 8 ad Sab. (D. eod. 6. § 4. fr. 13. § 1. fr. 15. 17. pr. § 1. fr. 30. § 8. fr. 32. 34. § 1), 24. 46 ad Ed. (D. eod. 16. XXXVIII, 7, 2. § 3), Paul. 59 ad Ed. (D. XXIX, 2, 19), 2 ad Sab. (D. eod. 22), 8 Sent. (D. eod. 93. pr.), Diocl. et Max. im C. Just. I, 13, 4.

Indem nun aber die römiſche Rechtswiſſenſchaft ſolches Vorkommniß dem Geſichtspunkte des error de suo iure unterſtellt[657c]), ſo iſt hieraus in der That zu entnehmen, daß gleichwohl dieſelbe dieſen Fall des error dem Irrthume in der Willensbeſtimmung bei Teſtamenten gleichſtellte: ſolchen error ſingulärer Weiſe ebenſo nach ſeinem Einfluſſe auf die pſychiſche Beſchaffenheit der Willensbeſtimmung in Betracht ziehend, wie auch demgemäß nach Maßgabe der voluntatis ratio für relevant erklärend.

Auch dieſe letztere Theorie über den error de suo iure iſt jedoch der vorhergehenden Periode noch fremd, wie wir daraus erſehen, daß dieſelbe dem Trebatius nach Cels. 16 Dig. (D. XXXVIII, 5, 59. pr.) noch unbekannt iſt, vielmehr erſt mit Labeo (A. 657b) hervortritt.

§ 60.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanſchauung und dem Lebensverkehre.

Die hiſtoriſche Entwicklung des vorhergehenden Zeitraumes ſchloß mit dem Ergebniſſe ab, daß der internationale Geſchäftsverkehr in dem ius gentium eine auf die aequitas geſtützte Rechtsgruppe ſchuf, während wiederum die römiſche Nationalanſchauung zwar an dem Principe der Solennität des Rechtsactes für das ius civile feſthielt, wohl aber von dem anderweiten Principe des rigor, welches dem verbum den Werth des rechtsverbindlichen Elementes beim Rechtsacte beilegt, mehr und mehr ſich abwendete (§ 53). In der gegenwärtigen Periode nun, indem das Reich ſelbſt eine völlig veränderte Stellung und Geſtaltung gewann, erlitten auch eine durchgreifende Umwandelung ebenſo das perſonale Element, welches der Träger der Volksanſchauungen und des Rechtsbewußtſeins iſt, wie auch die Verkehrsverhältniſſe ſelbſt, welche zu regeln das Recht berufen iſt: Rom ſelbſt tritt in die Kaiſerzeit ein als ein Weltreich; ſeine weiten Provinzen umſchließen eine Bevölkerung,

---

657c) Pomp. 3 ad Sab. (D. XXII, 6, 3. pr. vgl. XXIX, 2, 28), wozu vgl. Pap. 11 Resp. (D. XXXI, 1, 79) Callistr. 2 de Jur. fisc. (D. XLIX. 14, 2. § 7).

dem Culturzuſtände die größten Contraſte in ſich vereinigen: die hiſpaniſche und keltiſche Bevölkerung auf ihrer niedrigen Culturſtufe, den Orient mit ſeiner überfeinerten Civiliſation, und zwiſchen Beiden mitten inne ſtehend das alte Römerthum, einerſeits den Occident influirend, und andrerſeits ſelbſt wieder den Einflüſſen des Hellenismus mehr und mehr ſich hingebend; und alle dieſe verſchiedenen Bevölkerungselemente werden durch das Band eines ebenſo regen, wie univerſellen, eines ſo vielbewegten, wie weitgetragenen Geſchäftsverkehres zu einer einigen bürgerlichen Geſellſchaft verbunden (Thl. II § 88). Indem daher dem Rechte dieſer Periode die Aufgabe zufiel, für alle jene Elemente befriedigend den Lebensverkehr zu regeln, und ebenſo dem Bedürfniſſe des Occidentalen zu genügen, wie auch der freien und ungehemmten Verkehrsbewegung Rechnung zu tragen, an welche der Orientale durch ſeine ererbten Geſetzgebungen gewöhnt war, ſo ergab nun die Beſchaffenheit ſolcher Aufgabe, indem ſie an das Recht herantrat, faſt ganz von ſelbſt die Beſeitigung des rigor als ein Poſtulat der hiſtoriſch gegebenen Verhältniſſe. Allerdings zwar ward das Gewicht ſolcher Anforderung ſehr bedeutend gemindert dadurch, daß es vornämlich das ius gentium, wie die Provincial- und Municipalrechte ſind, welche außerhalb Italiens den Lebensverkehr regeln, und jene Rechte wiederum von allem Anfang an dem rigor fremd und unbetheiligt gegenüberſtehen. Allein nicht nur die zahlreiche Bürgercommunen und latiniſche Colonieen peregrinen Urſprunges bereits von Beginn dieſer Periode an Theil nehmen an dem ius civile, ſo wird auch das Letztere durch das Bürgerrechtsgeſetz Caracalla's zu einem gemeinen Rechte des geſammten Reiches erhoben. Und alle dieſe Momente bedingen nun in der That gleich als eine hiſtoriſche Nothwendigkeit den Sturz des rigor, der nun auch mit der gegenwärtigen Periode ſich vollzieht. Allein bei aller Gleichheit dieſes Endergebniſſes iſt doch im Einzelnen die geſchichtliche Entwicklung eine durchaus verſchiedene.

Denn in Bezug auf die erſte Poſition des rigor, die Solennität der Form betreffend, iſt es nicht die Beſeitigung dieſes Princips, als vielmehr deſſen Abſtumpfung, welche als das Endergebniß aus jener Zeitſtrömung hervorgeht. Denn

wie an dem ſolennen Rechtsgeſchäfte im Allgemeinen, ſo hat auch an der Solennität an ſich der Form im großen Ganzen das ius civile der gegenwärtigen Periode mit einer faſt überraſchenden Hartnäckigkeit und Ausdauer feſtgehalten, indem nur in ganz vereinzelter Ausnahme, wie z. B. bei der tutoris auctoritatis interpositio die altüberlieferte ſolenne Form völlig aufgegeben ward. Dagegen aber mit welcher Zähigkeit jenes Princip in der Anſchauung des römiſchen Volkes wurzelte und ſich behauptete, dies ergiebt ſich am ſchlagendſten daraus, daß man ſogar bei Rechtsgeſchäften, die gar nicht einmal des Wortes als Modus der Willenserklärung bedurften, doch auf die einzelnen Worte wiederum ein juriſtiſches Gewicht legte und — in widerſpruchsvollſter Weiſe — von mehreren Synonyma das eine für geeignet, das andere für unzuläſſig erklärte. Denn ſo wird hinſichtlich der Fideicommiſſe, welche durchaus ex voluntate beurtheilt werden (A. 489) und bei denen daher auch die ſtillſchweigende Willenserklärung (A. 492), ebenſo wie die peregrine Sprache (A. 516) ſtatthaft iſt, jener Satz ausgeſprochen von

Paul. Sent. rec. IV, 1, 6: fideicommittere his verbis possumus: „rogo, peto, volo, mando, deprecor, cupio, iniungo“. „Desidero“ quoque et „impero“ verba utile faciunt fideicommissum. „Relinquo“ vero et „commendo“ nullam fideicommissi pariunt actionem [658]); und

Anton. Pius bei Ulp. 2 Fideic. (D. XXXII, 1, 11. § 2): si ita quis scripserit: „illum tibi commendo“ fideicommissum non deberi; aliud est enim personam commendare, aliud voluntatem suam fideicommittentis heredibus insinuare;

Diocl. et Max. im C. Just. VII, 4, 12: ex verbo „commendo“ testamento vel codicillis non videri fideicommissariam libertatem relictam auctoritate iuris declaratur.

Dagegen aber tritt an Stelle der Beſeitigung des rigor

658) Abweichend Scaev. 21 Dig. (D. XXXVI, 1, 78. § 8). Im Allgemeinen vgl. Nerat. 10 Reg. (D. XXX, 1, 48), Gai. II, 249, Ulp. 2 Inst. (D. XXX, 1, 115), fr. XXV, 2. II, 7.

die Tendenz, die solenne Form den Bedürfnissen des Lebensverkehres möglichst zu accommodiren und dessen Anforderungen auf ungehemmte und bequeme Bewegung anzupassen. Und diese Tendenz nun manifestirt sich in der doppelten Richtung, daß man einestheils die Strenge der Solennität und deren hemmende Unbequemlichkeit im Allgemeinen beseitigte ebenso durch Zulassung zahlreicher Parallelformen, wie durch die Irrelevanz-Erklärung von Auslassungen, Umstellungen und ungehörigen Einschiebungen in der Formel (§ 55); und daß man anderntheils bezüglich der Stipulation insbesondere, als der wichtigsten, weil häufigst verwendeten Geschäftsform unter Lebenden, ebenso deren Solennität, wie deren Gebrauch auf das Aeußerste erleichterte. Denn was den ersteren Punkt betrifft, so ließ man die Anforderung ebenso eines bestimmten Stichwortes, wie auch der consonirenden Rede gänzlich fallen (§ 55. A. 525. 530), so daß die ganze Solennität auf eine mündliche und in gewisse typische Redewendungen gekleidete, auf Uebernahme einer obligatorischen Verbindlichkeit gerichtete initiative Anfrage des Berechtigten und eine bejahende nuncupative Antwort des Verpflichteten sich reducirte. Dagegen in der letzteren Beziehung kam man dem Verkehre dadurch zu Hülfe, daß man die Stipulation auch dann auf den Inhalt eines Vertrages erstreckte, wenn dieselbe als reine Schlußclausel zu demselben auftrat[659]), ja sogar selbst dann, wenn dieselbe ohne jede derartige wörtliche und demonstrative Hinweisung auf den voraufgehenden Vertrag doch in unmittelbarer zeitlicher Folge an denselben sich anschloß (A. 523).

So nun wird im Einzelnen die Stellung des rigor gegenüber dem Lebensverkehre durch die Momente bestimmt, daß

---

659) Diocl. et Max. im C. Just. II, 3, 27: petens ex stipulatione, quae placiti servandi causa secuta est seu antecessit pactum seu post pactum statim interpositum sit, recte secundum se ferri sententiam postulat. Beispiele bieten bereits Cat. RR. 146, 2 und dann die instrum. donat. Statiae Irenes, Flav. Artemidor. und Flav. Syntrophi bei Zell, Del. I no. 1780. 1785. 1779, das Instrument über ein foenus nauticum bei Scaev. 28 Dig. (D. XLV, 1, 122. § 1) und die Societätsurkunde bei Paul. 3 Ep. Alf. Dig. (D. XVII, 2, 71. pr.). Im Uebrigen vgl. Gneist, Form. Vertr. 243 fg. Liebe, Stipulation 26 fg.

zunächſt einzelne ſolenne Geſchäfte ganz außer Uebung kommen, wie coëmtio, Nexum und Expenſilation mit ihrer Acceptilation daß ſodann neben gewiſſe ſolenne Geſchäfte unſolenne Parallelbildungen mit gleicher wirthſchaftlicher Function geſtellt werden, ſo neben die manumissio solennis die cretio, das Legat, die cognitoris datio, die adpromissio; daß man ferner die beibehaltenen ſolennen Geſchäfte durch mannichfache Mittel dem Verkehre möglichſt bequem macht, ſo namentlich die verſchiedenen Teſtamentsformeln, die cognitoris datio, die Stipulation und Acceptilation (§ 55); ſowie daß man endlich die ſchwierigere Formelconception ganz vermied nnd umging, indem man die Details der geſchäftlichen Vereinbarung in Stipulation kleidete und ſo anderen ſolennen Geſchäften anhängte, ſo der Mancipation[660]) und Fiducia[661]), die Stipulation ſelbſt aber wiederum als reine Schlußclauſel des Vertrages concipirte. So aber wurde die Solennität der Form ebenſo ihres hemmenden und beſchwerenden Characters und ihrer Unbequemlichkeit für den Verkehr entkleidet, wie auch die Conception der betreffenden Formeln aufhörte, eine techniſche Kunſt oder Sache eines fachmänniſchen Wiſſens zu ſein, vielmehr allmählig zur Routine niederen Ranges herabſank[662]). Daher fand denn auch insbeſondere die Stipulation die willigſte und häufigſte Verwendung im Leben, und dies ſelbſt da, wo das Recht ſolche ſolenne Form gar nicht erforderte, wie bei den Conſenſual- und Realcontracten[663]). Aus dieſer Geſtaltung des Verkehres aber

660) So im instrum. dotationis des Flav. Syntroph. bei Zell, del. I no. 1779, im instrum. venditionis des Bellicus und Dasius in A. 663, und ſodann auch bereits bei der Reſtitution der hereditas Seitens des familiae emptor an den heres: Gai. II, 252.

661) So wahrſcheinlich in dem instrum. fiduciae in C. J. L. II. no. 5042, wo indeß der Schluß und damit die Stipulationsclauſel verloren gegangen iſt.

662) Daher tritt in dieſer Periode die cautelare Thätigkeit Seitens der Juriſten ſehr zurück; kaum, daß wir noch einem Fingerzeige in dieſer Richtung begegnen, wie bei Lab. in Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 7), Jul. 14 Dig. (D. XLV, 1, 53), Venul. 8 Act. (D. XLVI, 5, 11), Paul. 1 Sent. (D. II, 15, 15). Ganz entbehrlich konnte dieſelbe natürlich nie werden ſ. A. 472.

663) Bei emtio venditio: Sen. de Ben. III, 15, 1. Gai. IV, 131a u.

erwuchs dem antiken Leben der nicht zu unterſchätzende Gewinn, daß in jener Solennität der Form eine Gränzmarke gegeben war, welche die geſchäftliche Beredung und den Tractat gegenüber dem Vertrage ſelbſt auf das Sicherſte, auf das Beſtimmteſte und Deutlichſte abgränzt und ſo dem Richter bei ſeiner Aufgabe eine Verlegenheit erſpart, die zu überwinden dem modernen Richter vielfach kaum möglich iſt. Allein andrerſeits iſt wohl zu würdigen, daß ſolche weitgreifende Abſchleifung der Solennität wiederum nur bei der Stipulation ſich vollzog, bei den übrigen ſolennen Rechtsgeſchäften dagegen zwar Milderungen der alten Strenge, nicht aber ſolche Beſeitigung derſelben eintrat, daher hier, wie z. B. bei den Teſtamenten, immerhin noch genug an Formel-Requiſiten übrig blieb, um dem Lebensverkehre läſtig zu fallen und zur captiöſen Ausbeutung der Willenserklärung Veranlaſſung zu bieten[664].

Alle die obbezeichneten theoretiſchen Abſchwächungen aber der Solennität der Form gehen überdem Hand in Hand mit der geſchichtlichen Entwicklung der Principien innerhalb der zweiten Poſition, das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes betreffend. Denn die Zulaſſung der Parallelformel, wie der Umſtellung und ungehörigen Einſchiebung entſpricht durchaus dem Principe der Prävalenz der Willensbeſtimmung[664a], ebenſo

---

a. m.; ſo im ſiebenbürg. Verkaufsinſtrument des Bellicus bei Mommſen in Monatsber. d. Berl. Akad. d. Wiſſ. 1857. S. 519 fg., des Dasius, wie des Veturius Valens bei Detleſſen in Sitzungsber. der phil. hiſt. Cl. der Wien. Akad. d. Wiſſ. 1857. XXIII, 606. 638. — Societas: Alf. 3 Dig. a Paul. epit. (D. XVII, 2, 71. pr.). — Mutuum: Pomp. 24 ad Sab. (D. XLVI, 2, 7), Ul. 46 ad Sab. (D. eod. 6. § 1), Paul. 3 Quaest. (D. XII, 1, 40. XLV, 1, 126. § 2), Darlehnsinſtrum. des Jul. Alexander bei Detleſſen, a. O. 625 fg. — Im Allgemeinen aber ward die Stipulationsclauſel regelmäßig jeder Vertragsurkunde angehängt: Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 12). — Daneben werden auch lediglich einzelne Beſtimmungen des Vertrages auf Stipulation geſtellt, ſo z. B. die stipulatio duplae vel simplae, oder auch im Societätscontract zwiſchen Cass. Frontin. und Jul. Alexand. bei Mommſen a. O. 521.

664) Dies hebt bezüglich der Teſtamente beſonders hervor Euseb. de vit. Const. M. IV, 26. vgl. auch A. 689.

664a) Dieſe Conſequenz tritt auch zu Tage z. B. bei Modest. 5 Resp. D. XXVIII, 5, 61).

wie die Irrelevanz-Erklärung der Auslaſſung insbeſondere der interpretatio ex voluntate bei ratiocinatio correſpondirt. Nicht minder liegt aber auch ein die Solennität der Form zerſtörender Moment in der Zulaſſung der ſtillſchweigenden Willenserklärung auch bei ſolennen Rechtsgeſchäften (A. 522). Ja im großen Allgemeinen iſt anzuerkennen, wie die Solennität der Form dadurch unhaltbar ward, daß die zweite Poſition der aequitas zu allgemeiner Geltung gelangte: denn mit der Prävalenz der Willensbeſtimmung gegenüber der Willenserklärung iſt die Solennität der Nuncupation in Wahrheit nicht conſequent vereinbar, vielmehr ergiebt das Feſthalten an dieſer Solennität bei gleichzeitiger Anerkennung der Prävalenz der Willensbeſtimmung einen inneren Widerſpruch, den die gegenwärtige Periode zwar abſchwächte, aber ganz zu beſeitigen gar nicht vermochte.

Was endlich ſodann die aequitas betrifft, ſo traten in der gegenwärtigen Periode alle noch auf dem Fundamente der mores und der reinen fides belaſſenen Geſchäfte in die Rechtsſphäre über, ſo namentlich depositum, commodatum, pignus, Innominatcontracte, pacta über honorarium oder salarium, constitutum debiti (§ 53). Ja ſelbſt inſoweit, als dem gewiſſe höhere Hinderniſſe entgegenſtanden, wie z. B. beim Selbſtfreikauf des Sclaven[665]), kam man mit der Theorie der naturalis obligatio zu Hülfe.

§ 61.

Fortſetzung.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanſchauung und dem Lebensverkehr.

Ein weſentlich anderer Proceß, als wir ſolchen in § 60 bezüglich der erſten Poſition des rigor darlegten, vollzog ſich

665) A. 300; insbeſondere Pap. 30 Quaest. (D. XL, 1, 19), Ulp. 6 Disp. (D. eod. 4. pr. V, 1, 67), Paul. 23 Quaest. (D. XXVIII, 5, 84. § 2), Marc. 2 Inst. (D. XL, 1, 5. pr.). — Dennoch bleiben noch einzelne Ausnahmen beſtehen, indem z. B. der Modus der Erbeinſetzung zwar ſoweit als möglich in eine Rechtspflicht umgewandelt, darüber hinaus aber als reine Gewiſſenspflicht anerkannt wird: Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. XXXIII, 1, 7), wogegen erſt Justin. in Nov. I. c. 1. 4. eingriff; vgl. Bering, Erbr. 335 fg. Keller, Pand. § 491.

hinsichtlich der zweiten Position, das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes betreffend: nicht Schwächung und Abstumpfung, sondern völlige Vernichtung des Princips ist es, die hier sich vollzieht: ein Aufgeben des rigor zu Gunsten der aequitas, wodurch die Willensbestimmung für das rechtsverbindliche Element des Actes erklärt wird. Zwar wird mehrfach dieser Satz mit einer gewissen Reserve und namentlich in der zwiefachen beschränkten Fassung ausgesprochen, daß der Consens insbesondere das rechtsverbindliche Element der negotia iuris gentium, und dann auch wieder der bon. fid. negotia bilde[666]); allein dennoch bietet § 57 den Beweis, daß jener erstere Satz nur den Werth einer historischen Reminiscenz hat, da die gegenwärtige Periode auch für die negotia iuris civilis den Consens postulirt, der letztere Satz dagegen nur die Bedeutung hat, von speculativem Gesichtspunkte aus dem Consense eine potenzirte, nicht aber eine ausschließliche Beziehung zu dem bon. fid. negotium beizulegen, da auch zu stricti iur. negotia der Consens erfordert wird. Um so bestimmter tritt dagegen jenes Aufgeben des rigor in den Zeugnissen von § 57 zu Tage.

Diese verschiedene Entwicklung der Verhältnisse aber, welche hier auf diesem Punkte im Vergleiche zu § 60 sich vollzog, erklärt sich daraus, daß die Solennität an sich der Form nicht allein dem Zeitgeiste nicht widerstrebte, als vielmehr von demselben getragen wurde, und lediglich das Complicirte, wie Starre in der Form es war, womit die Nationalanschauung im Widerspruche sich befand. Dahingegen die Prävalenz des Wortes gegenüber dem Willen verlor bereits seit Ausgang der vorigen Periode ihren Stützpunkt in der Nationalanschauung und mußte so nun ihre Herrschaft um so sicherer, wie um so vollständiger verlieren, als hier jener Mittelweg einer Abschwächung des Princips gar nicht einmal offen stand: die Anschauung dieser Zeiten erblickte schlechthin in der Willens-

666) In ersterer Beziehung vgl. Thl. I § 88 II A. 952; in letzterer Beziehung vgl. Boeth. in Top. 378 Or. Javol. 11 Epist. (D. XIX, 2, 21), Ulp. 4. 11. 32 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 5. L, 17, 116. pr. XIX, 1, 11. § 1).

beſtimmung des Redenden den Stoff und Gehalt von Geſetz, wie Rechtsact[667]), und faßte demnach nur Jene als das rechtsverbindliche Element ſolcher Diſpoſition auf.

Dieſe Stellung der Nationalanſchauung gegenüber dem hier fraglichen Principe äußert ſich nun theils in Urtheilen, wie ſolche bereits in der vorhergehenden Periode zu Tage traten: man erkennt in der Anwendung an ſich des rigor ebenſo eine captio, wie auch eine calumnia[668]); theils aber auch in der ganz neuen Form des Urtheiles, daß man die voluntatis ratio als ein benignum[669]) oder humanum[670]) qualificirt, die Prävalenz des verbum dagegen als eine subtilitas hinſtellt[671]). Ja die Volksanſchauung nahm ſogar die Wendung, daß ſie die Berufung auf die verbi ratio und deren Geltendmachung als einen dolus auffaßte, wie auch darauf eine exc. doli ſtützte[672]).

---

667) So Plut. de ser. num. vind. 4: *ὅλως πολλὰς ἂν τις ἐξείποι νόμων ἀτοπίας, μήτε τὸν λόγον ἔχων τοῦ νομοθέτου, μήτε τὴν αἰτίαν συνιεὶς ἑκάστου τῶν γραφομένων.*

668) Captio ſ. A. 392 und insbeſ. Pap. 1 Def. (D. II, 15, 5). Calumnia ſ. A. 162 und insbeſondere Quint. Decl. 264. 308. Und ſo auch in Bezug auf die ſolenne Formel in A. 689.

669) Marc. 11 Dig. (D. XXXIV, 5, 24): benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum; Scaev. 19 Dig. (D. XXXVI, 1, 76) und bei Paul. 1 ad Vit. (D. XXVIII, 2, 19) ſ. bei A. 192; Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 55, 3. ſ. A. 685. Wegen benignum als das den Sonderintereſſen Jemandes Entſprechende ſ. A. 180.

670) Jul. 29 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. pr.), Scaev. 5 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 29), Pomp. 2. 5 ad Sab. (D. XL, 4, 4. § 2. XXVIII, 5, 29), vgl. Sen. de Ben. III, 7, 5.

671) Jul. 29. 86 Dig. (D. XXVIII, 2, 13. pr. IX, 2, 58. § 2), Pomp. 2 ad Sab. (D. XL, 4, 4. § 2), Pap. 5 Resp. (D. XXVIII, 3, 17), Ulp. 5 Fideic. (D. XL, 5, 24. § 10), 1 ad Sab. (D. XXVIII, 5, 1. § 5). So auch bezüglich der Solennität der Form Gai. IV, 30: nimia subtilitas. Vgl. Thl. I, 358.

672) Beil. VII. § 16. 19. 21 und das Weitere in Buch II. Hierher gehören auch die Clauſeln huic monumento dolus oder dolus malus abesto (d. h. der rigor ſoll bei Auslegung meiner Willensbeſtimmung bezüglich dieſes Grabmales nicht zur Anwendung kommen) ſ. Beil. XIX A. 46. Mit dieſem dolus malus tritt auch als ſynonym auf ius civile, daher auch geſagt wird huic monumento dolus malus et ius civile abesto: Orelli, Inscr. no. 4390 oder ab iis omnibus dolus malus abesto et ius civile: Orelli l. c. 4391 oder huius monumenti dolus malus abesto

Dieſer Richtung der Volksanſchauung folgte aber auch die Legislation: das S. C. Vellaeanum v. J. 27 ſchreibt ausdrücklich vor, daß die Organe der Jurisdiction bei Anwendung des Senatusconſultes die Willensbeſtimmung des Senates zur Richtſchnur ihrer Entſcheidungen zu nehmen hätten, während wiederum das S. C. Trebellianum v. J. 62 als Motiv ſeiner Beſtimmungen hinſtellt: quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates[673]; die Reſcripte ſodann ſelbſt der früheren Kaiſer betonen entſchieden dieſes Princip der aequitas[674]; und die Prätoren treten nicht minder frühzeitig auf die Seite der Letzteren, indem ſie nach ihrer voluntas et sententia, nicht aber e verbo ihr eigenes Edict ſammt ſeinen Rechtsmittel-Formeln interpretiren[675]. Und ebenſo wird von der Rechtswiſſenſchaft dieſer Periode, und zwar von Anfang an wenigſtens in der Mehrzahl ihrer Vertreter die voluntas als das rechtsverbindliche Element auch des ſolennen Actes anerkannt (§ 57).

Wie entſchieden ſomit ebenſo die Volksanſchauung, wie die Organe der Rechtsbildung die Prävalenz der Willensbeſtimmung vertreten, ſo iſt dennoch der rigor nicht ohne Widerſtand gewichen, indem vielmehr die Spuren ſeiner Geltung bis in das Zeitalter der Antonine ſich erſtrecken, wo wir noch von Gai. 1 de Test. (D. XXXV, 1, 16) ſeine Anwendung auf die Teſtamente in gewiſſen Beziehungen theoretiſch vertreten finden (ſ. A. 639). Und ebenſo ſehen wir, wie in der Praxis des Centumviralgerichtshofes bei dem in § 8 behandelten Vorkommniſſe mit dem Rhetor C. Albucius Silus, ebenſo wie bei dem daſelbſt referirten Vorgange mit gewiſſen Sclavenhändlern in

---

et iuris consultus: Orell. 4374. 4821. u. vergl. m. ſ. Marini, Atti de' fratelli Arvali II, 556. 632. Huſchke, Flav. Syntr. 15. A. 18.

673) S. C. Vell. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XVI, 1, 2. § 1): arbitrari senatum recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur. S. C. Treb. bei Ulp. 3 Fideic. (D. XXXVI, 1, 1. § 2).

674) Traian. bei Flor. 10 Inst. (D. XXIX, 1, 24) in A. 636; Ant. Pius bei Scaev. 4 Resp. (D. XXXIV, 1, 13. § 1) in A. 623 und bei Callistr. 1 Quaest. (D. XLVIII, 10, 15. § 3).

675) S. § 19 a. E. und dazu Thl. I A. 23.

dem Zeitalter Auguſts die Entſcheidung nach Maaßgabe des rigor abgegeben wird. Ja über die Geltendmachung des rigor in den Proceſſen berichtet noch

Quint. J. O. (bald nach dem J. 90) XII, 2, 19: quid, non quaestio iuris omnis aut verborum proprietate aut aequi disputatione aut voluntatis coniectura continetur?

wo die verborum proprietas im Gegenſatze zur voluntatis coniectura auf den rigor hinweiſt; wie denn auch noch bei Pseudo-Quint. Decl. 331 (ſ. § 9) der Principſtreit hervortritt.

Alle dieſe Momente ergeben indeß lediglich die dem allgemeinen Typus der ganzen römiſchen Rechtsgeſchichte entſprechende Thatſache, daß nicht ohne harten Kampf und lediglich ſchrittweis ein Princip aus ſeiner Stellung verdrängt wurde, die wohl befeſtigt war durch eine während langer Jahrhunderte geübte Herrſchaft. Und ſo auch der rigor, deſſen Sturz bereits mit dem Ausgange der vorigen Periode entſchieden war und in dem gegenwärtigen Zeitraume nun ſchrittweis ſich vollendet.

Dieſer Uebergang von dem rigor zur aequitas vollzog ſich indeß nicht ohne gewiſſe Phänomene, welche als eine zu extreme und mißbräuchliche Geltendmachung der aequitas ſich darſtellen, als eine allzu eifrige Vertretung eines neuen und nur unter Widerſpruch zur Geltung gebrachten Princips. Und zwar tritt die eine dieſer Erſcheinungen in der Rechtspflege zu Tage: als voluntatis quaestio oder coniectura (§ 19). Denn wie zu Ausgang der vorigen und zu Beginn der gegenwärtigen Periode der Principienſtreit über die Geltung je von rigor oder aequitas als Tummelplatz für die advocatoriſche Rabbuliſtik oder Kunſtfertigkeit diente (§ 51 u. Quint. cit.), ſo ward nun im Verlaufe der gegenwärtigen Periode dieſes Thema allmählich von der voluntatis quaestio verdrängt, als der berechtigten oder unberechtigten Diſcuſſion über den Gehalt der Willensbeſtimmung, welche einer in lite befangenen Willenserklärung zu Grunde liegt, eine Thatſache, welche außer den in § 19 citirten Belegen noch beſonders bekundet wird von

Quint. VII, 6, 1: scripti et voluntatis frequentissima inter consultos quaestio est et pars magna controversi iuris hinc pendet;

ſowie XII, 3, 7, wo Quint. die durch verborum interpretatio zu gewinnenden Rechtsſätze und Entſcheidungen dem ius dubium beizählt.

Dieſe Thatſache aber, daß die Diſcuſſion wie Controverſe, ſei es als theoretiſche Erörterung, ſei es als proceſſualiſcher Parteivortrag mit beſonderer Vorliebe auf jene voluntatis quaestio ſich warf, war wiederum für den Rechtsverkehr äußerſt bedenklich und bedrohlich, weil mit dieſem Thema gerade die allerſchwächſte Seite des Princips der aequitas berührt wurde. Denn indem dieſelbe den Schwerpunkt des juriſtiſchen Willens in die rein interne, pſychiſche Willensaction verlegt, und damit im Falle einer Disharmonie zwiſchen Willensbeſtimmung und Willenserklärung das Urtheil an jenen rein innerlichen und überſinnlichen Willensact verweist, ſo wird nun hiermit an und für ſich ſchon eine ſehr hochgeſpannte und äußerſt ſchwierig zu löſende Aufgabe an den mit dem Urtheile über ſolche Frage betrauten Richter geſtellt (§ 44), überdem aber auch der advocatoriſchen Gewandtheit, wie Rabbuliſterei das dankbarſte und ergiebigſte Gebiet eröffnet, innerhalb deſſen eine fertige Dialektik und Combinationsgabe mit Erfolg darauf rechnen konnte, den Richter zu verwirren und einer ſchlechten Sache den Sieg zu erringen. Und dieſe Zuſtände wiederum erklären es nun, daß, während die römiſche Rechtswiſſenſchaft der Interpretationstheorie immer nur eine untergeordnete Stellung in ihren Arbeiten einräumte, doch dieſelbe mit Sorgfalt ebenſo die praktiſchen Hülfsmittel der Interpretation an die Hand gab (§ 27), wie andererſeits auch ſogar mannichfache Modificationen der Interpretation ex voluntate zuließ (§ 28).

Die andere Erſcheinung dagegen, in welcher eine zu extreme Geltendmachung des Princips der voluntas ſich offenbart, tritt bezüglich der Teſtamente hervor und offenbart ſich hier zuerſt in der Auffaſſung, daß es Sache der fides ſei, den Willen des Teſtator zu erfüllen, auch dafern eine geſetzliche Verpflichtung dafür nicht vorhanden iſt. So als der jüngere Plinius und deſſen Freund Statius Sabinus von einer gewiſſen Sabina zu Erben eingeſetzt wurden in einem Teſtamente, welches zwar einem Sclaven Modestus ein Legat ausſetzte unter dem Beifügen: „Modesto quem liberum esse iussi“, die Manumiſſion

in der That aber gar nicht enthielt, ſo ſchreibt nun, trotz der Ungültigkeit dieſer Honorirung (A. 31. 507), Plin. Ep. IV, 10, 3. dem Sabinus, daß er bei der offenbar irrigen Auslaſſung der Manumiſſion die Letztere vorzunehmen und das Legat zu zahlen bereit ſei, unter dem Beifügen: confido accessurum te sententiae meae, cum religiosissime soleas custodire defunctorum voluntatem, quam bonis heredibus (i. e. bonis viris heredibus) intelexisse pro iure est; neque enim minus apud nos honestos, quam apud alios necessitas valet. Und ähnlich ſchreibt Plin. Ep. V, 7. in dem Falle, wo ein der testamenti factio nicht theilhaftes Subject honorirt war: mihi defuncti voluntas antiquior iure est. Nicht minder ſah man es als Sache der fides an, das übermäßige, d. h. das Maaß der lex Falcidia oder des S. C. Pegasianum überſteigende Legat auch bis zu dem übermäßigen Betrage an den Honorirten zu entrichten [676]).

Und von hier aus ging man ſodann zu dem weiteren Satze vor, daß man jene moraliſche Verbindlichkeit zur Erfüllung einer juriſtiſch nicht verbindlichen teſtamentariſchen Diſpoſition in eine Rechtspflicht umwandelte und eine ſolche ſomit ebenſo außerhalb der Gränzen ſtatuirte, innerhalb deren das Geſetz die private Willensbeſtimmung als bindend anerkennt, als auch außerhalb der Formen, welche das Geſetz als Vorbedingung der Gültigkeit ſolcher Willensbeſtimmung aufſtellte. Auf dieſe extreme Geltendmachung des Willens des Teſtators ſtützen ſich aber die Entſcheidungen, daß die in Wirkſamkeit getretene Subſtitution, welche in einem Codicille ausgeſprochen und deßhalb nichtig iſt, doch gleich als Fideicommiß aufrecht zu erhalten ſei [677]); daß ſodann die Diſpoſition: „Syrum et Pamphilum liberos esse volo eosque filiis meis tutores do“, welche nichtig iſt, da die

676) Cels. 10 Dig. bei Ulp. 32 ad Sab. (D. XXIV, 1, 5. § 15), Marcell. 22 Dig. (D. XXXIX, 5, 20. § 1), Pap. 11 Resp. (D. XLII, 8, 19), Ulp. l. c. Paul. Sent. rec. IV, 3, 4. Marcian. 4 Fideic. (D. XII, 6, 62), Callistr. 2 Quaest. (D. XLII, 8, 20), Sev. u. Car. im C. Just. VI, 50, 1. Vgl. Cic. de Fin. in A. 480, ſowie Voigt, Cond. ob caus. A. 484; vgl. auch Sen. de tranq. an. 11, 2: religiosus homo sanctusque solet tueri fideicommissa.

677) Scaev. 19 Dig. (D. XXXVI, 1, 76): benigna interpretatione.

Manumiſſion wegen der Impubertät der Erben nicht vollzogen werden kann, dennoch in der Weiſe aufrecht zu erhalten ſei, daß durch senatus decretum die libertas ausgeſprochen und dann die tutela übertragen wird[678]; daß ferner, dafern das Teſtament wegen Präterition des suus nullum iſt und der praeteritus vom beneficium abstinendi Gebrauch macht, doch die libertates und legata gültig bleiben[679]; und daß endlich das Fideicommiß, wodurch der Erbe dem Legatar die Emancipation ſeiner Söhne auferlegt, wenngleich deſſen Ausführung inſofern nicht erzwingbar iſt, als eine hierfür competente Behörde mangelt, doch durch eine extraordinaria cognitio aufrecht zu erhalten ſei[680]. Ingleichen beruhen darauf auch die Sätze, daß die Stipulation, welche wiſſentlich über das ungültige oder welche über das übermäßige Legat oder Fideicommiß abgeſchloſſen wird, nicht anfechtbar ſei[681], die Zahlung aber eines ſolchen Legates keine condictio ob causam: weder ob iniustam causam, noch indebiti begründe[682], und ebenſo wenig ein agere in fraudem creditorum[683], als auch in dem Falle, wo der eine Ehegatte dem anderen zahlt, eine donatio inter virum et uxorem ergebe[684]. Und endlich wird auf ſolche voluntatis ratio auch die Neuerung geſtützt, daß dem durch den Modus Honorirten eine a. utilis auf deſſen Erfüllung zuſtehe, ſo wenn bei Beſtellung der dos für die Tochter die Reſtitution an deren Kinder oder bei der Schenkung deren Reſtitution an einen

678) Paul. sent. rec. IV, 13, 3.

679) Pap. 5 Resp. (D. XXVIII, 3, 17): licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur.

680) Ulp. 5 Fideic. (D. XXXV, 1, 92. pr.): neque enim debet conveniri testantium voluntas; vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 678.

681) Marcian. 4 Fideic. (D. XII, 6, 62): fideicommissum in stipulatione deductum, tametsi non debitum fuisset, quia tamen a sciente fidei explendae causa promissum esset, debetur. Marcell. 22 Dig. (D. XXXIX, 5, 20. § 1): qui, quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem testatoris secutus spopondit, se daturum, — — non possit suae confessioni obviare; Ulp. 76 ad Ed. (D. XXXV, 2, 46); Grat. Val. et Th. im C. Just. VI, 23, 16. § 1. ſ. Voigt, a. O. § 67 unter a, aa.

682) Voigt, a. O. § 66 unter 1. § 67 unter 1. 2.

683) Pap. 11 Resp. (D. XLII, 8, 19), Callistr. 2 Quaest. (D. eod. 20).

684) Ulp. 32 ad Sab. (D. XXIV, 1, 5. § 15).

Dritten oder beim Depoſitum einer fremden Sache deren Reſtitution an den Eigenthümer ausgeſprochen wird[685]. Für alle derartige Fälle aber ward zugleich nun auch der allgemeine Rechtsſatz aufgeſtellt: si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli: Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 10)[685a].

Endlich machte ſich ſolche mißbräuchliche Anwendung des Princips der voluntas auch hinſichtlich der Rechtsgeſchäfte unter Lebenden geltend, ſo bei

Javol. 6 Epist. (D. XXXIX, 5, 25): si rem tibi dederim, ut Titio meo nomine donares eamque tu tuo nomine ei dederis, quantum ad iuris subtilitatem accipientis facta non est et tu furti obligaris; sed benignius est, si agam contra eum, qui rem accepit, exceptione doli mali me summoveri;

denn indem hier die Vindication des Schenkungsobjectes Seitens des Schenkers nicht auf das dictum im Gegenſatze zum actum, als vielmehr auf die Nichtigkeit des actum ſelbſt ſich ſtützt, ſo wird nun die doli mali exceptio, welche auch hier nur die voluntatis ratio vertritt[685b], dem Beklagten nur auf Grund einer mißbräuchlichen Verwendung ſolcher voluntatis ratio zugeſprochen.

Dritte Periode.

Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien von Conſtantin d. Gr. bis Juſtinian.

§ 62.

Hiſtoriſche Stellung im Allgemeinen der Principien.

Die gegenwärtige Periode vollendet den Untergang des rigor, und Alles, was etwa noch an einzelnen Conſequenzen jenes

685) Diocl. et Max. im C. Just. V, 14, 7: utilis ex aequitate accomodabitur actio; VIII, 55, 3: benigna iuris interpretatione utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere; III, 42, 8: utilis propter aequitatis rationem dabitur depositi actio.

685a) Weiteres ſ. bei Krüger, krit. Verſ. 2 fg. 37.

685b) Vgl. Schilling, Inſt. § 355 mm.

Princips dieſem Zeitraume überliefert und hier beibehalten wird, tritt nicht mehr auf als Träger eines principiellen, wie wohlbewußten Gegenſatzes zur aequitas, ſondern vielmehr gleich als eine eingebürgerte Ordnung, die man beibehielt, weil ſie dem Verkehrsbedürfniſſe genügte oder auch weil der Legislation dieſer Zeiten der für eine Reform erforderliche ſchöpferiſche Gedanke, wie die Energie der Reflexion gebrach.

Insbeſondere in der Sphäre der erſten Poſition, der Solennität der Form, war bereits in der vorhergehenden Periode eine tiefgreifende Abſtumpfung und Schwächung des Princips zu Tage getreten, die in einer Zerſetzung der Formel, in der Zerſtörung der alten Grundlagen ihrer Solennität ſich kund gab (§ 60). Dieſer Proceß, der bis dahin in allmählicher und geſchichtsgemäßer Entwickelung ſich vollzogen hatte, indem Stück um Stück von der Solennität der Formel abbröckelte, ward nun von der gegenwärtigen Periode mit Einem Schlage unterbrochen und zu einem ganz plötzlichen Abſchluſſe gebracht, indem in weitgreifender Weiſe bereits die Fürſten aus dem flaviſchen Hauſe die Aufhebung der alten ſolennen Formeln decretirten. Dieſe entſcheidende Maaßnahme ward gefördert durch die Verlegung des Regierungsſitzes nach Byzanz: denn indem den Bewohnern der helleniſch-macedoniſchen Länder das wahre Verſtändniß, die ererbte Vertrautheit, die alt-hiſtoriſche Tradition der lateiniſchen Formeln mangelte, indem hier daher dieſe Formeln nur als ein auswärtiges und importirtes Product ihr Daſein behaupteten, und indem ſo nun der Regierungsſitz in einer Umgebung ſich befand, welche fremd, wenn nicht antipathiſch jenen Formeln gegenüberſtand, ſo mußte nun ſchon dieſe Atmoſphäre, von welcher die Legislation umgeben war, die raſche Beſeitigung der altrömiſchen Formel befördern, um ſo mehr, als in dem Reiche im Allgemeinen dieſelbe ſich überlebte und auch in Italien nur noch als traditionelle Ueberlieferung ein Daſein friſtete. Daher iſt es eine einfache Würdigung der vorgefundenen Verhältniſſe, wenn Conſtantin d. Gr. und ſeine Nachfolger durch ihre Conſtitutionen in durchgreifendem Maaße die Rechtsformel beſeitigten: das dictum oder scriptum hört völlig auf, an den Gebrauch kategoriſch vorgeſchriebener Worte gebunden zu ſein und, dafern nicht der Gebrauch des Wortes

überhaupt für entbehrlich erklärt wird, ſo wird doch ſeine Wahl dem freien Ermeſſen des Redenden überlaſſen, ſo daß höchſtens noch Gewohnheit und hergebrachte Gepflogenheit einen typiſchen Gebrauch gewiſſer Redewendungen vermitteln. Dagegen treten nun an die Stelle der ſolennen Formel andere Rechtsformen, bei denen jedoch ganz andere leitende Geſichtspunkte maßgebend ſind und die Willenserklärung nicht mehr an ein kategoriſch vorgeſchriebenes Wort gebunden iſt.

Sodann hinſichtlich der zweiten Poſition, das rechtsverbindliche Element des Actes betreffend, ſo ſchließt bereits die vorhergehende Periode mit dem Siege der aequitas ab, ſo daß der gegenwärtigen Periode nur die Aufgabe verblieb, das in abstracto unbeſtrittene und als geltend anerkannte Princip der aequitas in concreto zu beſtätigen und zur Anwendung zu bringen. Und indem dies nun geſchieht, ſo verbindet ſich damit zugleich die Tendenz, alle etwa noch vorhandenen Unterſchiede, welche auf den einſtigen Gegenſatz von rigor und aequitas zurückweiſen, zur Ausgleichung zu bringen, ſo in der Gleichſtellung von Legaten und Fideicommiſſen. Und indem die letzte Vollendung ſolcher Aufgaben namentlich von Seiten Juſtinians in dem vollen Bewußtſein des verfolgten Zieles geſchieht, ſo bietet dies nun jenem Kaiſer die willkommene Veranlaſſung, in ruhmrediger Eitelkeit und mit hochtrabenden Worten der ſtaunenden Welt die volle Größe ſolcher vermeintlichen Großthat zu verkünden.

Endlich bezüglich der dritten Poſition, der Relevanz von error, dolus und vis in der Willensbeſtimmung bei Teſtamenten, bleibt die gegenwärtige Periode im Allgemeinen durchaus bei den von der Vorzeit ihr überlieferten, in § 59 dargelegten Sätzen ſtehen: weder wird das überlieferte Gebiet, noch auch der Inhalt ſelbſt der überlieferten Rechtsſätze verändert oder modificirt. Eine durchaus vereinzelte Ausnahme ergiebt lediglich die Conſtitution Zeno's im C. Just. VI, 34, 4, welche demjenigen, den Jemand in ſeinem Teſtamente als Erben oder Legatar einzuſetzen beabſichtigte, eine Entſchädigungsklage wider den gibt, welcher durch vis oder dolus den Erblaſſer davon abhielt, eine Verordnung, welche die Tendenz bekundet, vis und dolus in ihrer Einwirkung auf die Willensbeſtimmung auch bei Teſta-

menten in die Sphäre des Princips nemo cum damno alterius locupletior fieri debet überzuleiten.

§ 63.

Die Form der juriſtiſchen Willenserklärung bei dem Rechtsacte.

Die erſte Poſition des rigor, welche die Willenserklärung an eine beſtimmte, kategoriſch vorgeſchriebene, ſolenne Formel bindet, verliert in der gegenwärtigen Periode Schritt um Schritt an Boden, bis ſie am Endpunkte unſerer Betrachtung aller und jeder Geltung entkleidet iſt. Dieſen Entwickelungsgang vermittelt vornämlich die Legislation, welche ſchrittweiſe das eine Rechtsinſtitut nach dem anderen ſeiner alten Solennität entkleidet.

Zuerſt Conſtantin d. Gr. reformirt in jener Richtung ſowohl ein einzelnes Rechtsinſtitut, das Teſtament, als auch das im Rechtsverkehre zwiſchen Eltern und Kindern geltende Recht. Und zwar in letzterer Beziehung wird im Juli 319 das Erforderniß der cretio bei Antritt des mütterlichen Nachlaſſes beſeitigt[686]); im Oct. 319 die von Anton. Pius erlaſſene (A. 524), aber wieder außer Gebrauch gekommene Vorſchrift erneuert, daß für Schenkungen zwiſchen Eltern und Kindern das ſolenne Rechtsgeſchäft entbehrlich, vielmehr auch die unformale Willenserklärung ausreichend ſei[687]); und im Jahre 321 wird endlich verordnet, daß unſolenne Schriftſtücke, worin der Erblaſſer letztwillige Verfügungen über ſeinen Nachlaß zu Gunſten ſeiner sui trifft, Rechtsgültigkeit haben, ſo daß hiermit alle Solennitäten bei Teſtamenten über die Erbfolge der sui aufgehoben werden[688]).

---

686) Constant. im C. Th. VIII, 18, 1. § 1, wozu vgl. daſ. c. 2. 319); dieſe Verordnung ward neben anderen mit wiederholt von Constant., Const. et Const. im C. Th. cit. c. 4, wie von Arcad. Hon. et Theod. daſ. c. 8. § 1. ſ. A. 691 fg.

687) Constant. im C. Th. VIII, 12, 4. vgl. Schilling, Inſt. § 358 b. c. v., ſowie Hänel zu C. Th. cit. A. p. Mommſen zu fr. Vat. 249. A. 11.

688) Constant. im C. Th. II. 24, 1 (C. Just. III, 36, 26). Verwandt hiermit ſind die Sätze einerſeits bei Paul. sent. rec. IV, 1, 11: filio quibuscumque verbis a patre fideicommissum relictum iure debetur (vgl. bei A. 658), wie andrerſeits bei Ulp. 2 ad Sab. (D. XXVIII, 3, 2),

Dagegen die Teſtamente entbindet Conſtantin von aller und jeder ſolennen Formel, ſo daß ebenſo für die Willenserklärung fortan das Wort völlig freigegeben und von jeder Beſchränkung ſeiner Wahl befreit, wie auch die Mancipationsſolennität beſeitigt iſt[689]). Und dieſe Tendenz verfolgen auch Constantin II, Constantius und Constans, indem ſie zuerſt durch ein umfaſſenderes Edict vom 1. Februar 339 ebenſo jene Verordnung ihres Vaters wiederholen, als auch die ſolenne Form der petitio bon. possessionis aufheben[690]), und ſodann durch ein

---

wonach ein testamentum imperfectum dann Gültigkeit haben ſoll, wenn es Inteſtaterben, nicht aber lediglich sui, zu Erben einſetzt, dies aber wiederum nicht ſchlechthin, ſondern nur dann, wenn dadurch ein früheres Teſtament rumpirt werden ſoll, welches Andere zu Erben einſetzte; vgl. dazu Bachofen, ausgew. Lehren S. 263. A. 46. Der Rechtsſatz Conſtantin's knüpft an die alte divisio patris familias inter suos (§ 32) an. Theod. in Nov. Th. XVI, 1 (439) reformirt in § 7 das Recht Ulpians, und extendirt in § 5 das Recht Conſtantins auf die liberi. Die geſammte Rechtsordnung wird endlich umgeſtaltet von Juſtinian: ſ. Bachofen, a. O. 312 fg. Glück, Pand. 42, 157 fg.

689) Das Geſetz ſelbſt iſt verloren gegangen, wird aber direct bezeugt von Euseb. de vit. Const. M. IV, 26, und indirect von Nazar. Paneg. Const. 38, 4: veterum calumniosae ambages recisae captandae simplicitatis laqueos perdiderunt; Vict. Epit. de Caes. 41, 14: commodissimus — fuit — calumnias sedare legibus severissimis; Inc. Paneg. Const. (no. VIII) 4, 4, der von Conſtantin rühmt die abolitae calumniae; ebenſo bekundet ein Geſetz Conſtantins über die Teſtamente, obwohl in Bezug auf die Zeugen, Arc. et Hon. im C. Th. IV, 4, 3. § 2. Die eine Tendenz des obigen Geſetzes ſpricht Conſtantin ſelbſt aus in C. Th. XVI, 2, 4: nihil est, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis — — liber sit stilus (321). Ob nun jenes Geſetz neben den Formeln der Diſpoſitionen auch die Mancipationsſolennität aufhob oder Letzteres erſt durch Theodos II geſchah, iſt ſtrittig, vgl. Gothofred. zu C. Th. IV, 4, 1. Bachofen, ausgew. Lehren 288 fg.; ich halte das Erſtere für richtiger, weil ſeit Conſtantin d. Gr. das civile Teſtament nur 5 Zeugen hat, dies aber auf den Wegfall des libripens und familiae emtor deutlichſt hinweiſt.

690) C. Just. VI, 23, 15. 37, 21 vgl. Justin. im Cod. VI, 23, 31 u. Inst. II, 20, 2. — C. Just. VI, 9, 9. — Dahingegen Th. et Val. in Nov. Th. XVI, 1, pr. (439) bezieht ſich lediglich auf die Teſtamente der gentiles (ſ. Thl. II § 117). — Wohl aber wird die Verordnung Conſtantins von Juſtinian im Einzelnen beſtätigt, ſo bezüglich der Exheredation in Cod. VI, 28, 3 (531), bezüglich der Legate in Cod. VI, 43, 2 (531), wozu

Rescript v. 13. März 339 die cretio bei Erbantritt im Allgemeinen Seitens eines filius familias erlaſſen [691]). Endlich Arcad. Hon. et Theod. heben im Jahre 407 die cretio im Allgemeinen auf [692]).

Sodann mit Constantius und Constans wendet ſich die Reform den Proceßacten zu: zuerſt heben dieſelben im J. 342 die Klagformeln auf [693]), während Theodosius im J. 386 die ſolenne Formel der cessio bonorum beſeitigte [694]).

Wiederum mit Theodosius und Valentinianus richtet ſich die Reform gegen die ſolennen eherechtlichen Geſchäfte: in einer umfaſſenderen, die familienrechtlichen Geſchäfte betreffenden, in acht Stücken uns überlieferten Conſtitution v. J. 428 beſeitigen dieſelben die Solennitäten ebenſo der Eheſchließung, wie der

---

vgl. Inst. II, 20, 34. I, 14, 3. Eine Inconſequenz iſt es daher, daß es trotzdem ungültig bleibt, wenn der Sclave sine libertate mit Legat inſtituirt wird: Cod. VI, 17, 5. § 2 (531), wozu vgl. A. 507.

691) C. Th. VIII, 18, 4 und dann erläutert von Constantius et Constans im C. Th. eod. c. 5. (349).

692) C. Th. VIII, 18, 8. § 1. vgl. Th. et Val. im C. Th. IV, 1, 1 (426).

693) Die Klagformel hatte bis dahin zwiefache Verwendung: theils bei dem postulare actionem des Klägers, welches entweder durch Vortrag der für die Klage gegebenen intentio oder durch Erbittung des im Edicte proponirten Klagſchema erfolgte (vgl. Keller, Civ.-Pr. A. 573), theils bei dem facere iudicem, inſofern hiermit die Behändigung der formula Seitens des Magiſtrates an den iudex pedaneus ſich verband. In beiderlei Beziehung hoben nun Conſtant. und Conſtans den Gebrauch der alten formulae auf; vgl. Wieding, Libellproc. 128 fg. Gleicher Rechtsſatz galt nun auch zweifelsohne bezüglich der Exceptionen, wie bei den Interdicten, welches Letztere ausdrücklich beſtätigt wird von Juſtin. im Cod. VIII, 1, 4, wozu vgl. Wieding, a. O. 489. Nicht hierher gehört dagegen Th. et Val. im C. Th. II, 3, 1 (428), wodurch die exc. non impetratae actionis für den Fall aufgehoben wird, daß der Kläger bei jener unſolennen postulatio actionis die erhobene Klage unrichtig bezeichnet hatte (ſo etwa die cond. indebiti als cond. ob iniust. caus.), vorausgeſetzt nur, daß überhaupt das Klagevorbringen ſachgemäß war.

694) C. Th. IV, 20, 3: in omni cessione (bonorum ex qualibet causa facienda, scrupulositate priorum legum explosa, inſerirt Juſtin. im Cod. VII, 71, 6) professio sola quaerenda est. In omni cessione sufficit voluntatis sola professio. Die cessio per nuntium und per epistolam war bereits früher ſtatthaft: Marc. 15 Inst. (D. XLII, 3, 9).

dotis constitutio und insbeſondere der dotis dictio und promissio [695]).

Endlich zuletzt wird von jener legislatoriſchen Tendenz auch die Stipulation ergriffen, deren Solennitäten bereits von der vorhergehenden Periode darauf reducirt worden waren, daß eine mündliche, in gewiſſe typiſche Redewendungen gekleidete, auf Uebernahme einer obligatoriſchen Verbindlichkeit gerichtete, initiative Anfrage des künftigen Berechtigten und eine bejahende mündliche Antwort des ſich Verpflichtenden erfordert wurde (§ 60). Von dieſen Elementen der Solennität der Form wurde nun das Requiſit, daß die Anfrage in gewiſſe typiſche Redewendungen zu kleiden ſei, durch eine Conſtitution Leo's v. 469 abgeſchnitten, ſo daß demnach jene Anfrage in jeden beliebigen Worten erfolgen konnte [696]), womit nun auch die Unterſchiede der Bürgſchaftsformen je als sponsio, fidepromissio und fideiussio wegfielen [697]).

Dahingegen die alten ſolennen dinglichen Rechtsgeſchäfte kamen in der gegenwärtigen Periode ganz außer Gebrauch: die mancipatio iſt als Modus der Beſtellung von servitutes praediorum rusticorum wohl bereits in der vorhergehenden Periode untergegangen, wogegen ſie als Form der Eigenthumsübertragung unter den Söhnen Conſtantin's d. Gr. in eine formelle,

---

695) Dieſe 8 Stücke ſind die hierher gehörigen C. Th. III, 7, 3 und 13, 4, ſowie C. Th. II, 3, 1. (A. 693) und III, 5, 13. IV, 6, 8. V, 1, 9. C. Just. VI, 24, 11. 61, 2.

696) C. Just. VIII, 38, 10: omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus vel directis (ſ. A. 14), sed quibuscunque verbis consensu contrahentium compositae sunt, legibus cognitae suam habeant firmitatem; wozu vgl. Justin. in Inst. III, 15, 1: Leoniana constitutio lata est, quae, sollemnitate verborum sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est, und übereinſtimmend Theoph. in h. l. und wogegen ungegründete Ausſtellungen erhebt Gneiſt, form. Vertr. 252. Eine Beſtätigung bietet Justinian. im Cod. II, 56, 4. § 6 (529).

697) Fidepromissores ſcheint die gegenwärtige Periode nicht mehr zu kennen: C. Greg. XII, 1. Rubr., Constantin. im C. Th. VIII, 18, 1. § 3 (319) und Th. et Arc. daſ. III, 15, 1 (392) nennen nur sponsores und fideiussores. Die Conſtit. von Grat. Val. et Th. im C. Th. V, 20, 1 (381) iſt interpolirt.

nämlich unter Zuziehung von Zeugen vorgenommene Tradition ſich verwandelte, wobei die alten solennia verba ganz verloren gingen[698]). Dagegen die in iure cessio kommt in den früheren Zeiten dieſer Periode gänzlich außer Gebrauch, während wiederum die fiducia, an die mancipatio und in iure cessio gebunden, mit dieſen zuſammen unterging[699]).

Endlich die familienrechtlichen Geſchäfte friſteten noch längere Zeit ihr Daſein in jener nachläſſigen Handhabung der ſolennen Formel der mancipatio, fiducia und in iure cessio, welche bereits die vorhergehende Periode begonnen hatte (A. 514 fg.) und welche nun in der gegenwärtigen Periode nach Untergang der entſprechenden principalen Geſchäfte (A. 698 fg.) nur noch ſich ſteigern mußte. Insbeſondere daß bei der manumissio per vindictam, welche Constantius im C. Just. VII, 1, 4 auch vor dem concilium principis vorzunehmen geſtattete, alle solennia verba geſchwunden waren, darauf weiſt hin, daß Boeth. (zu Beginn des 6. Jahrh.) in Top. p. 288 Or. dieſe manumissio als eine untergegangene Solennität beſchreibt. Juſtinian im Cod. VII, 6, 1. (531) ſtellte endlich die unſolenne Manumiſſion der feierlichen gleich. Dagegen die alte Adoption und Emancipation wurden von Justinian im Cod. VIII, 48, 11. (530) und VIII, 49, 6 (531) ganz aufgehoben.

Was ſodann die Sprache der Rechtsacte betrifft, ſo ward unter dem Drucke der Verhältniſſe und nur mit Widerſtreben[700])

---

698) Thl. II § 119. Bei der donatio hatte ſich von der alten Mancipation her die Erwähnung des sestertius nummus unus von vier Aſſen erhalten, was Juſtinian. im Cod. VIII, 54, 37 (531) aufhob; allein auch dies ſind zwar typiſche Worte, nicht aber verba solennia im alten Sinne.

699) Thl. II § 120. Die letzte Erwähnung der in iure cessio ſcheint zu bieten Constantius im C. Just. II, 20, 11 (354): sub venditionis titulo fecerit cessionem. Die alte fiducia verwandelt ſich jetzt in das pactum de retrovendendo; das, was die Quellen ferner noch als fiducia erwähnen, iſt das Fauſtpfand im Gegenſatz zum pignus als der Hypothek: Thl. II, 490.

700) Denn dieſe legislatoriſchen Schritte ſtehen im Widerſpruche mit der Tendenz der byzantiniſchen Kaiſer dieſer Periode, die römiſche Sprache als die officielle des Reiches auch für den Orient feſtzuhalten, wie ebenſo die kaiſerlichen Conſtitutionen und noch die Inſtitutionen und Digeſten, als auch die officiellen Inſchriften auf Statuen, Gebäuden und Münzen be-

die von der vorigen Periode festgehaltene Ordnung (§ 55) aufgegeben: im Jahre 397 gestattete Arcadius, die Richterurtheile neben der lat. Sprache auch in griech. Sprache abzufassen [701]), und um das Jahr 439 gestatteten Theod. und Valent. auch in griech. Sprache zu testiren und insbesondere die Legate, Manumissionen und die tutoris datio in dieser Weise auszusprechen [702]), womit nun für jedes Rechtsgeschäft des ius civile die griechische Sprache als legales Idiom anerkannt war.

Mit dieser Tendenz aber einer Beseitigung der alten solennia verba geht Hand in Hand theils die von Justinian vollzogene Ausgleichung der Verschiedenheiten verwandter Rechtsinstitute, welche als Nachwirkung des alten Gegensatzes der Principien zurückgeblieben waren, so der Legate und Fideicommisse im Cod. VI, 43, 2 (531), der a. rei uxoriae und ex stipulatu aus der cautio rei uxoriae im Cod. V, 13, 1 pr. (530), theils auch die Schaffung von anders geregelten Rechtsgeschäften und zwar theils neuer unformaler und zugleich vollgültiger Geschäfte, so, außer dem pactum dotale (A. 487. 695), das pactum donationis, wie der contractus emphyteuticarius und suffragii [703]), theils aber auch von neuen formalen Rechtsgeschäften, bei denen jedoch die juristische Form nicht mehr in der Solennität des Wortes, als vielmehr in anderen Formalitäten ganz verschiedener Tendenz (s. § 65) besteht. Diese neuen Rechtsformen sind aber folgende: zunächst die Sanctionirung des Geschäftes durch die Autorität des Kaisers und insbesondere per rescriptum principis: so in ersterer Beziehung bei dem testamentum principi oblatum, in letzterer Beziehung aber bei personenrechtlichen Geschäften, nämlich bei

---

weisen: Ritter im C. Th. VI² p. 31ᵇ fg., du Cange im Glossar. med. et inf. latinit. § 12. Dirksen, Civil. Abhandl. I, 40 fg. Biener, Gesch. d. Novellen, 14 fg. Symm. Ep. III, 11 nennt das Latein die lingua saeculi nostri.

701) C. Just. VII, 45, 12. vgl. Dirksen a. O. 67 fg.

702) Vgl. Nov. Th. XVI, 1, 8. und dazu Dirksen a. O. 92.

703) Justinian. im Cod. VIII, 54, 35, § 5 (530), wozu vgl. Inst. II. 7, 2. Schilling, Just. § 359 m. — Zeno im Cod. IV, 66, 1, wozu vgl. Inst. III, 24, 3. — Th. Arc. et Hon. im C. Th. II, 29, 2. pr. § 1 (394), wozu vgl. Schilling, a. O. § 329 unter 2.

Arrogation und insbesondere Legitimation [704]), bei Confirmation der formell fehlerhaften Adoption alter Form (A. 514a), bei Adoption von Seiten der Frauen, wie bei Emancipation [705]); dann ferner die Bekundung des Geschäftes durch das Gericht vermittelst einer Erklärung zu gerichtlichem Protokolle, so bei der litis denuntiatio [706]), bei der manumissio durch filii nominatio bei der Emancipation [707]) und Adoption [708]), bei Eigenthumsübertragung von Grundstücken zur Erfüllung des contractus suffragii [709]), bei Schenkungen [710]) und bei donatio ante nuptias [711]), wie beim Testamente [712]). Drittens dann die Zuziehung eines Notars (tabularius oder tabellio) zu dem Geschäfte, so bei gewissen privilegirten Schenkungen, beim Testamente oder Codicille des Blinden, wie bei Errichtung eines Nachlaßinventars [713]). Ingleichen ferner die Zuziehung von Zeugen, und so zwar von sieben derselben bei der Mancipation der gegenwärtigen Personen (A. 698), wie beim prätorischen Testamente und Codicille, und so wohl auch bei Abfassung von Schenkungsurkunden, wo Constantin d. Gr. im J. 316 Zeugen

704) A. 514c und Anastas. und Justin. im Cod. V, 27, 6 (517) 7. 519., Nov. LXXIV, 2. 3. LXXXIX, 9. 10.

705) So schon Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 48, 5 (291); Inst. I, 11, 10. — Anastas. im Cod. VIII, 49, 5. VI, 20, 18. VI, 58, 11. (502) vgl. Inst. I, 2, 6.

706) Constantin. im C. Th. II, 4, 2 (322).

707) Justinian. im Cod. VII, 6, 1. § 10 (531), vgl. Inst. I, 11, 12. — Justinian. im Cod. VIII, 49, 6. (531), vgl. Inst. I, 12, 6. Die Worte der Willenserklärung, wie sie Theoph. in h. l. und Harmenop. I, 17, 7 mittheilen, sind nicht solenn, sondern dispositiv: sie können mit anderen vermischt werden.

708) Justinian. im Cod. VIII, 48, 11 (530) Inst. I, 12, 8. 11, 1.

709) Th., Arc. et Hon. im C. Th. II, 29, 2. § 2. (394).

710) Schilling, Inst. § 358. 359. vgl. § 356 zz. Savigny, Syst. IV, 199 fg. Burchardi, Lehrb. § 267 fg.

711) Constantin. im C. Th. III, 5, 1. (319), 3. (330), Theod. et Valent. das. c. 13. (428) und dazu Schilling, a. O. § 358 y. ii.

712) Arc. et Hon. im C. Th. IV, 4, 4 (397), Hon. et Th. im C. Just. VI, 23, 19 (413).

713) Schilling a. O. § 358 oo. 359 z. — Justinian. im Cod. VI, 22, 8 (521). — Justinian. im Cod. VI, 30, 22. § 2 (531). Vgl. Glück, Pand. XVIII, 287. A. 92.

vorſchreibt [714]); ſodann von fünf Zeugen beim Civilteſtamente und Codicille [715]), wie bei der manumissio per epistolam und inter amicos [716]); endlich von drei Zeugen für die Privaturkunde, welche den dadurch bekundeten Hypotheken das Vorzugsrecht des ſogenannten pignus publicum zu verſchaffen geeignet iſt [717]), wie für die Documente über Interceſſion von Frauen (A. 719). Endlich die letzte der geſetzlich vorgeſchriebenen Formen iſt gegeben in der Niederſchrift, welche theils für die Richterurtheile von Valentin., Val. und Gratian. und reſp. von Gratian., Valent. und Theod.[715a]), theils aber auch, als Privaturkunde, für die Rechtsgeſchäfte vorgeſchrieben wird und ſo zwar von Conſtantin d. Gr. und Späteren für Schenkungen [716a]), von Theodos, Arcadius und Honorius für gewiſſe Fälle des contractus suffragii (A. 709), von Zeno und Juſtinian für gewiſſe Fälle des contractus emphyteuticarius [717a]), von Juſtinian für den Ehevertrag höherer Würdenträger [718]), für Interceſſionen der Frauen, wie für die fideiussio, dafern dieſelbe zeitlich unbeſchränkt lautet und eine längere Gültigkeit als auf zwei Monate haben ſoll [719]). Und hierzu geſellt ſich dann noch die litterale Stipulation, welche neben die alt nuncupative Stipulation als ein eigener Litteralcontract geſtellt wird und zwar durch eine Conſtitution Juſtinians von 531, daß die inter praesentes abgefaßte Urkunde, wodurch der inter praesentes geſchehene Abſchluß einer Stipulation ſammt deren

---

714) Fr. Vat. 249. C. Th. VIII, 12, 1, vgl. Schilling § 358 h. fg.

715) Bachofen, ausgewählte Lehren 287 fg. 317 fg.

716) Justinian im Cod. VII, 6, 1. § 1. 2. (531).

717) Leo im Cod. VIII, 18, 11 (469) und dazu Glück, Pand. XVIII 278 fg.

715a) Valent., Val., et Grat. im C. Just. VII, 44, 2 (371), wozu vgl. C. Th. IV, 17, 1 (374) und Justinian in Nov. XVII, 3. LXXXIII. pr. Grat., Val. et Th. im C. Th. IV, 17, 2 (382); eingeſchärft von Val., Th. et Arc. im C. Th. XI, 30, 4 (383), IV, 17, 4 (384).

716a) A. 714. Weiteres ſ. Schilling, a. O. u. ii. ll. mm. oo. § 359 x.

717a) Zeno im C. Just. IV, 66, 1, Justin. daſ. c. 2 (529), 3 (530), Nov. CXX, 5. pr. 6. § 2.

718) Nov. LXXIV, 4. § 1 (538), vgl. CXVII, 4.

719) Cod. IV, 29, 23. § 2 (530). — Cod. VIII, 41, 27 (531), wonach die praefecti praetorio gleiche Praxis bereits vorher beobachtet hatten.

Inhalte ausgesprochen wird, eine Stipulation hierüber begründe, überdem aber unter praesentia in der ersteren Beziehung nicht nothwendig die Anwesenheit der beiden Contrahenten bei Abfassung des Documentes zu verstehen sei, als vielmehr lediglich die Anwesenheit derselben in der nämlichen Commune an demjenigen Tage, wo die Urkunde ausgestellt wurde [720]).

§ 64

Das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes.

In der vorhergehenden Periode gelangte der historische Proceß zum Abschlusse, welcher die aequitas zur alleinigen Herrschaft in dem gesammten Gebiete des Rechtes erhob, indem die Willensbestimmung als das rechtsverbindliche Element bei allen Rechtsacten anerkannt ward (§ 57). Daher wurde der gegenwärtigen Periode ein durchaus einheitliches und consequent durchgeführtes Princip zur Anwendung überliefert und von Jener nun auch ebenso bereitwilligst angenommen, wie mit

---

720) Cod. VIII, 38, 14. § 2: si inter praesentes partes res acta (sc. stipulatio celebrata) esse dicitur (sc. instrumento), — hoc esse credendum, si tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commaret, in quo huiusmodi instrumentum conscriptum est; vgl. Inst. III, 19, 12 und dazu Schilling, Inst. § 278 ee. Der Vorläufer jener Constitution ist einestheils Cod. II, 56, 4 (529), wo bereits die subscriptio als das die Stipulation perficirende Moment anerkannt wird, anderntheils C. Th. II, 4, 6, wo die Stipulationsurkunde als litterarum obligatio hingestellt wird (A. 611). Neben dieser litteralen Stipulation bestätigt Justinian in Inst. III, 19, 17 und 20, 8 auch den von der vorigen Periode überlieferten Rechtssatz (A. 610), daß das Stipulationsdocument ein Inzicht über die legale Vollziehung der nuncupativen Stipulation ergebe. Im Lebensverkehre bildete das Stipulationsdocument (stipulationem scribere in Cod. V, 13, 1. pr. a. 530) die Regel; allein wenn in Nov. CXXXVI, 4 die Zinsen aus der Stipulation (ἐξ ἐπερωτήσεως) den Gegensatz bilden zu denen aus dem nicht geschriebenen Vertrage (ἐξ ἀγράφου), so bezieht sich dies nur auf den Geschäftsverkehr der Argentarien und beweist nur, daß bei diesen nuncupative Stipulationen gar nicht mehr vorkommen. — In Cod. VIII, 38, 14 cit. findet Gneist, Form. Vertr. 261 eine Fiction, was jedoch sicher irrig ist: s. A. 611; dagegen Savigny, Obl. Rt. II, 208 findet auch darin eine „strenge Vermuthung": allein dann muß man den Unterschied zwischen dieser Constit. und Inst. III, 19, 12 einerseits und Inst. III, 19, 17. 20, 8 andrerseits leugnen, während Justinian selbst solchen festhält.

durchgreifender Conſequenz verwendet. Wenn daher vereinzelte Spuren vom rigor noch in den Digeſten Juſtinians ſich vorfinden, ſo iſt dies entweder rechtshiſtoriſche Reminiſcenz, oder irreguläres Material, deſſen Ausſcheidung bei der Abfaſſung der Digeſten von den Compilatoren überſehen ward, oder endlich eine Singularität, indem aus Utilitätsrückſichten in vereinzelten Beziehungen dem rigor noch eine Geltung belaſſen ward, wie z. B. gegenüber der Exheredation (§ 28 unter e). Dagegen im Uebrigen iſt die Herrſchaft des rigor völlig beſeitigt und mit eindringlicher Stimme verkündet es die kaiſerliche Legislation, daß die aequitas jetzt die Vertreterin der iustitia und in allen juriſtiſchen Beziehungen zur alleinigen Geltung berufen ſei:

Constantin. et Licin. im C. Just. III, 1, 8. (314): placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque, quam stricti iuris rationem.

Und dieſer Grundſatz wird nun auch in ſpecielleren Beziehungen mehrfach bekundet, ſo hinſichtlich der Verträge von

Justinian. im Cod. IV, 37, 6: voluntates legitime contrahentium omni modo conservandae sunt;

vornämlich aber hinſichtlich der Teſtamente, wo der rigor in gewiſſen Beziehungen am längſten ſeine Herrſchaft behauptet hatte (A. 639), mit ganz beſonderem Nachdrucke und in häufigſter Wiederholung ausgeſprochen von

Th. et Val. in Nov. Th. XVI, 1. pr. (439), ſowie namentlich von

Justinian im Cod. VI, 27, 4. VI. 29, 4[721]). VI, 37, 23. und III, 33, 13. (530), ſowie VI, 27, 5. pr. und VI. 42, 32. (531), ingleichen in Just. II, 20, 2. und Nov. I, 2. pr.

Demgemäß werden nun auch die aus dieſem Principe ſich ergebenden Folgeſätze im Einzelnen zur Geltung gebracht, ſo insbeſondere die Ungültigkeitserklärung der ſimulirten Geſchäfte[722]),

721) Dieſe Conſtit. ſagt: frequentissimas leges posuimus testatorum voluntates adiuvantes; dieſe leges aber ſind uns nicht überliefert.

722) Tit. Cod. IV, 22: plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur. Justinian. im Cod. IV, 35, 23. pr.

wie die Interpretation ex voluntate und insbesondere die Repreſſion des agere in fraudem legis [723]).

Die ſyſtematiſche Behandlung der Lehre von der Interpretation aber ward dieſer Periode als ein altes Erbtheil der Rhetorik überliefert, welches derſelben auch gegenwärtig unbeſtritten überlaſſen blieb. Allein indem die Rhetorik, den allgemeinen Verfall der Wiſſenſchaften theilend, die Selbſtſtändigkeit und ſchöpferiſche Kraft des Gedankens verlor, ſo begnügte ſich dieſelbe, die Theorieen der vorigen Periode theils in dürftigen Auszügen, in dürren Schemata oder auch in Katechismen zu reproduciren, theils aber auch, was die Scholiaſten des Hermogenes betrifft, mit Commentaren oder Paraphraſen zu verſehen, in denen die Breite der Rede die Dürre des Gedankens und den Mangel wiſſenſchaftlicher Erörterung erſetzen ſoll. In dieſer ſtofflich reichen, aber an Ideen armen, ſchulmäßigen Ueberlieferung der Rhetorik tritt insbeſondere in den Werken eines C. Marius Victorinus, Curius Fortunatianus, Jul. Victor und Sulpit. Victor, wie eines Syrianus, Sopater und Marcellinus auch die Theorie und altüberlieferte Scheidung der Interpretationsfälle in scriptum et voluntas, definitio, ambiguitas, ratiocinatio und contrariae leges hervor; durchgehends in ſchulmäßiger Uebereinſtimmung behandelt, werden dieſe Interpretationsfälle insgeſammt ſei es ausdrücklich, ſei es implicite auf die ausſchließliche Herrſchaft der voluntas geſtellt (Beil. XVII § IV—VIII); lediglich hinſichtlich der contrariae leges macht eine Verſchiedenheit der Auffaſſung darin ſich geltend, daß dieſer Fall bei Sulpit. Victor und den griech. Rhetoren mittelbar unter die für das scriptum et voluntas geltenden Sätze geſtellt wird, inſofern in der Antinomie lediglich ein verdoppeltes scriptum et voluntas anerkannt wird (Beil. XVII A. 65), während bei den übrigen Rhetoren dieſer Fall ſelbſtſtändig behandelt, dabei aber die Geltung der voluntas nicht beſonders ausgeſprochen, als vielmehr ohne Weiteres vorausgeſetzt wird.

Im Uebrigen aber conſolidirt ſich jetzt der ſchon in der zweiten Periode ſich ausbildende und bereits bei Quintilian

723) Th. et Val. in Nov. Th. IX, 1. pr. (439).

(A. 6, 53) auftauchende und für die richtige Würdigung der Quellen der gegenwärtigen Periode höchſt beachtenswerthe Sprachgebrauch, daß man die alten Gegenſätze von ius und aequitas, von scriptum oder verbum und voluntas in einer ganz verſchiedenen Bedeutung ſetzte: iure, scripto niti bezeichnet nunmehr denjenigen Parteiſtandpunkt, der die Willenserklärung als congruent mit der Willensbeſtimmung hinſtellt, während aequitate, voluntate niti die Parteibehauptung bezeichnet, daß die Willensbeſtimmung durch die Willenserklärung nicht gedeckt werde [724]).

§ 65.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanſchauung und dem Lebensverkehre.

Mit der gegenwärtigen Periode, wie ſich der Untergang des rigor in dem Rechte vollzieht, ſo entſchwindet derſelbe auch aus dem Bewußtſein des Volkes und lediglich die Wiſſenſchaft, wie Legislation bewahren ſich noch eine Erinnerung an deſſen einſtmalige Geltung im Rechte. Allein die Erkenntniß und Würdigung der einſtigen hiſtoriſchen Stellung und Function des rigor liegt auch der Auffaſſung der Legislation ganz ferne, daher dieſelbe darin weiter Nichts, als eine thorheitsvolle Caprice der früheren Zeiten und eine mißbilligenswerthe Spitzfindigkeit, eine scrupulositas, wie subtilitas [725]) erkennt. Am prägnanteſten aber prägt ſich dieſe neue Anſchauung aus in der tautologiſchen Verbindung bei Constantin. in fr. Vat. 249 (316): summum ius et voluntas, inſofern jetzt nun die Stellung als summum ius, welche dereinſt dem rigor zukam (A. 474a), von dieſem auf die aequitas übertragen iſt.

724) Symm. Ep. X, 52: in plerisque causis alterum iure, alterum aequitate niti; Fortun. I, 23: scripti et voluntatis status — — fit —, cum aut prima pars scripto nititur, secunda voluntate, aut cum utraque pars omisso scripto sola voluntate contendit; vgl. Sulp. Vict. 61. 62. Jul. Vict. III, 12. 14. Vgl. auch § 65.

725) Subtilitas, ein von der vorigen Periode aufgebrachtes Prädicat des rigor (A. 671), z. B. bei Justinian. im Cod. VI, 23, 31. III, 33, 13. Scrupulositas bereits bei Diocl. et Max. in fr. Vat. § 314, und ſo nun bei Arcad., Hon. et Th. im C. Th. VIII, 18, 8. § 1. Th. et Val. im C. Th. III, 5, 13. Justinian. im Cod. VI, 27, 4. VII, 71, 6.

Insbeſondere nun die erſte Poſition: die Form der Rechtsacte betreffend, ſo ging die alte ſolenne Formel ſtückweiſe und allmählig, aber zuletzt doch völlig unter, und Alles das, was davon noch in ſpäteren Zeiten in Uebung geblieben war, ward rein gedankenlos beibehalten, ohne jedwedes Bewußtſein ſeiner alten juriſtiſchen Bedeutung, entfremdet der Volksanſchauung dieſer Zeiten und in Beſtand verblieben lediglich als ein Stück des cautelaren Urkundenſtyles, der durch einen reichen Apparat von juriſtiſchen Phraſen ſich das Anſehen tiefen Wiſſens, ſorglicher Umſicht, wie großer Würde zu geben bemüht iſt. Beiſpiele hierfür bieten die papiri diplomatici bei Marini und ſo z. B. die Schenkungsurkunde des Theodovius v. 471: hanc — — scripturam donationis — — scribendam dictavi, — — sine dolo malo manu propria subscripsi — — stipulantibusque — — clericis memoratae ecclesiae de omnibus supradictis spopondi [726]). Und mit dieſem Untergange der ſolennen Formel geht Hand in Hand der Untergang der ſolennen Rechtsgeſchäfte ſelbſt: entweder werden dieſelben gänzlich außer Gebrauch geſetzt, wie z. B. die dotis dictio (A. 695) oder es verwandelt ſich das, was von ihnen noch in Gebrauch bleibt, in eine reine Geſchäftsform, wie die Mancipation, welche als formelle Tradition noch fortlebt (A. 698), oder endlich dieſelben werden in unſolenne wenn auch mit gewiſſen Geſchäftsformen bekleidete Rechtsgeſchäfte umgewandelt, wie z. B. die Teſtamente (A. 689). Eine durchaus ſinguläre Stellung behauptet hierin lediglich die Stipulation: nach Beſeitigung des Requiſites der ſolennen Anfrage, verbleibt für die Stipulation nur noch das Erforderniß der Frage und Antwort in beliebiger Redewendung (A. 696) oder auch der documentalen Angabe geſchehener Frage und Antwort (A. 720), ſo daß demnach von einer ſolennen Formel jede Spur verſchwunden iſt. Dennoch iſt an jenen Thatbeſtand eine eigene Klage: eine condictio oder a. ex stipulatu angeknüpft, welche bei der Stipulation über klagbare Verträge durch eine Novation vermittelt wird. Daher hat die Stipulation

---

726) Bei Spangenberg, tab. negot. p. 163. Die Conſtruction iſt: hanc scripturam spopondi de omnibus supradictis. Beſſer redigirt ſind die Urkunden daſelbſt S. 180 und 210.

auch jetzt noch die Natur des ſolennen Rechtsgeſchäftes ſich bewahrt, und iſt nicht zur reinen Geſchäftsform herabgeſunken, trotzdem daß, wie bemerkt, bei dieſem Geſchäfte von einer ſolennen Form im Sinne der früheren Zeit gar nicht mehr die Rede ſein kann.

Andrerſeits ſchließt jedoch wiederum die gegenwärtige Periode mit einem Endergebniſſe ab, welches auf den erſten Blick in hohem Maaße überraſcht: nach langem, mühſeligen Ringen befreit ſich der Rechtsverkehr von der altrömiſchen Formalität der solennia verba; allein indem er dieſe Freiheit erringt, werden ihm ſofort die Feſſeln neuer Formalitäten aufgelegt. Daher behauptet in der That der Formalismus ſeine alte Stellung im Rechte: er tritt am Ausgange der römiſchen Rechtsgeſchichte als die gleiche Macht auf, als welche er am Eingange derſelben erſcheint. Dennoch aber birgt ſich hinter dieſer Gleichheit der formaliſtiſchen Tendenz des Rechtes eine tiefgreifende, ja durchaus weſentliche Verſchiedenheit: der Formalismus wechſelt nicht allein die Formen, auf die er ſich ſtützt, indem er an Stelle der verba certa, solennia, directa und reſp. der Solennitätszeugen die kaiſerliche Sanctionirung des Geſchäftes, das gerichtliche Protokoll, das Notariatsinſtrument, das ſchriftliche Document, wie die reinen Bekundungs-Zeugen ſetzt, ſondern er verwandelt auch die Weſenheit ſelbſt ſeiner Formen: an Stelle des ſolennen Rechtsgeſchäftes tritt nunmehr die reine Geſchäftsform. Denn die weſentliche Eigenthümlichkeit des alten Formalismus beruhte darin, daß auf die verba solennia des Actes die Beſtimmung ſeiner juriſtiſchen Individualität in abstracto geſtützt war, ſo daß ſolche Form die Kategorie ſelbſt ergab, welcher die weſentlichen ſpecifiſchen Merkmale des betreffenden Actes entnommen waren (§ 1. 34), im Gegenſatze zu dem unſolennen Acte, deſſen weſenbeſtimmende Kriterien der Kategorie realer Merkmale: ſei es wirthſchaftlicher Proportionen, ſei es perſonaler Verhältniſſe entlehnt war (§ 1. 37). Dagegen der Formalismus der gegenwärtigen Periode ſtützt auf die von ihm geſetzten Formen keineswegs neue Geſchäftsfiguren, ſondern erkennt an und reſpectirt vielmehr die auf reale Merkmale geſtützte Art- und Individualitätsbeſtimmung der Rechtsgeſchäfte und umkleidet nun dieſelbe einfach mit einer

beſonderen juriſtiſchen Formalität, gleich als einem äußeren Gewande. Daher während die solennitas verborum ein weſentliches und zwar conſtitutives Merkmal des Rechtsactes ergab, deſſen juriſtiſche Individualität begründend und ſomit begrifflich mit demſelben untrennbar verbunden, iſt die neue Form etwas Aeußerliches und Acceſſoriſches, begrifflich Unweſentliches und Zufälliges, welches einfach hinzutritt zu einem Rechtsacte, deſſen Weſenheit auf ganz anderen und zwar realen Merkmalen beruht, ſo daß Rechtsgeſchäft und Rechtsform begrifflich ſelbſtſtändig neben einander ſtehen und das Erſtere von der Letzteren trennbar iſt; daher ferner während die verba solennia die Form der juriſtiſchen Willenserklärung ſelbſt waren, tritt die neue Form lediglich äußerlich zu dieſer Willenserklärung hinzu; daher endlich während bei dem ſolennen Rechtsgeſchäfte deſſen verba solennia der klagerzeugende Factor waren und z. B. die Worte an ſich: Spondesne? Spondeo die Klage hervorriefen, ſo wird bei dem formalen Rechtsgeſchäfte dieſer Periode die Klage durch die Form nicht erzeugt, als vielmehr lediglich in ihrem Effecte bedingt: die Condiction aus dem Schenkungsverſprechen geht hervor aus der donatio, nicht aus der Formalität des gerichtlichen Protokolles, welches vielmehr nur als condicio sine qua non zu derſelben ſich verhält.

Sonach gelangt daher mit der gegenwärtigen Periode die Tendenz zur Geltung und Verwirklichung, an Stelle der ſolennen Rechtsgeſchäfte Rechtsgeſchäfts-Formen zu ſetzen: man beſeitigte ebenſo die ſolennen Rechtsgeſchäfte, wie die alten verba solennia und führte nun ganz andere Formalitäten neu als Geſchäftsformen ein. Und dieſer Wechſel des formalen Elementes ſelbſt, jenes völlige Aufgeben des Vorgefundenen und deſſen Erſatz durch neu Geſchaffenes ſteht wiederum im Zuſammenhange mit den neuen Tendenzen, die gegenwärtig mit dem Formalismus ſich verbanden: während die alte Form der solennia verba zunächſt nur die Tendenz hatte, die Willenserklärung des Redenden an ein kategoriſch vorgeſchriebenes Wort zu binden, ſo haben dagegen die neuen Formen der byzantiniſchen Zeit unmittelbar die Aufgabe, theils die Rechtsacte unter die Oberaufſicht des Kaiſers ſelbſt zu ſtellen: und dies iſt der Fall mit der Sanctionirung des Geſchäftes durch die Autorität des

Kaisers, theils aber auch die Rechtsacte sicher zu stellen gegen Rechtsbruch, gegen widerrechtliche Ableugnung und Falscheid: und hierauf beruht die Form des gerichtlichen Protokolles, des notariellen Instrumentes, der Zuziehung von Zeugen, wie der Schriftlichkeit (§ 62). Beiderlei Formen aber gehen hervor aus dem allgemeinen Fehler dieser Zeiten: der Treu- und Gewissenlosigkeit, welche ein freiwilliges Halten des gegebenen Wortes und der eingegangenen Verpflichtung, frei von der Drohung des gerichtlichen Zwanges nicht kennt, und so nun nöthigt, in der Form des Geschäftes eine Sicherstellung für seine Erfüllung zu geben, woneben dann die erste Form insbesondere, die Sanctionirung durch den Kaiser, überdem noch beeinflußt ist von der orientalisch-byzantinischen Idee der höchsten Machtfülle des Fürsten gegenüber dem Unterthanen.

Sodann innerhalb der zweiten Position, das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes betreffend, so entschwindet die Geltung des verbum im Gegensatze zur voluntas vollständigst aus dem Volksbewußtsein dieser Zeiten, und Alles, was davon in den Quellen der gegenwärtigen Periode noch zu Tage tritt, ist rein historische Reminiscenz, die mitunter zu oratorischen Zwecken verwerthet wird [727]). In der Legislation aber begegnen wir wiederum der bereits in der zweiten Periode (§ 60 a. E.) wahrgenommenen Erscheinung, daß mitunter bis zu einem geradezu unberechtigten Extreme das Princip der voluntas zur Geltung gebracht wird, so indem Grat., Val. et Th. im C. Just. VI, 23, 16. § 1 (380) vorschreiben, daß die geschehene Anerkennung nichtiger Legate, Fideicommisse oder Manumissionen Seitens des Erben denselben Rechtsbeständigkeit verleihe, Justinian aber im Cod. VI, 27, 4. § 2 (530) verordnet, daß das sine libertate ausgesetzte und deßhalb nichtige Legat oder Fideicommiß (A. 507) dennoch vom Erben und Herrn dem Sclaven zu schenken, somit also als Peculium zu gewähren sei.

---

727) So Liban. Orat. XXVI. Apologet. I. p. 595 d. Mor.: *οὐ γαρ διαδικασίαν τήμερόν ἐστι τοῖς νόμοις πρὸς τοὺς λόγους λαβεῖν* Decl. X. II. p. 371 d: *τῶν μὲν γραμματικῶν ἔχεσθε, τὴν διάνοιαν δὲ τοῦ τιθέντος οὐ βούλεσθε ἰδεῖν* vgl. Decl. XXIV. II. p. 559 b: *ὁ δὲ φεύγων, τοῦ νομοθέτου τὴν γνώμην σκοπεῖν ἀξιῶν.*

Der Rechtsverkehr aber und die gerichtliche Praxis dieſer Zeiten erhielt zugleich mit jenem Interpretationsprincipe gleich wie eine anſteckende Krankheit die voluntatis quaestio der zweiten Periode (§ 61) überliefert, jene Maxime ſomit, inſoweit irgend möglich die Congruenz der maaßgebenden Willenserklärung mit der Willensbeſtimmung in Zweifel zu ziehen I. 724) und ſo nun die Vorkommniſſe der Interpretationsfälle auf das Aeußerſte zu vermehren, damit aber ebenſo eine Gelegenheit für eigennützige Ausbeutung der Rechtsverhältniſſe, wie einen Tummelplatz advokatoriſcher Spitzfindigkeit und Rabbuliſtik zu ſchaffen. Gegen dieſe krankhafte Neigung wendet ſich nun Juſtinian, indem er im Cod. VI, 28, 3 die Rechtsregel einſchärft:

Quum — manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu exsistat,

ſowie in Inst. IV, 17. pr.:

Imprimis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est; wozu vgl. Cod. VII, 45, 15.

Und indem unter dem Einfluſſe ſolcher Parteimanoeuvres die Sicherheit der Rechtspflege litt, ſo ſuchte nun die kaiſerliche Legislation ſolchem Uebel durch die Vorſchrift zu begegnen [728]), daß im Falle ſolcher voluntatis quaestio der Unterrichter das kaiſerliche Cabinet zu conſultiren und von dieſem die Entſcheidung des Interpretationsfalles entgegenzunehmen habe:

Constantin. im C. Th. I, 2, 3 (316): inter aequitatem iusque interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere [729]);

Valent. et Marc. im C. Just. I, 14, 9 (454): si quid — in —

---

728) Gleiche Tendenz verfolgt das Verbot Juſtinians im Cod. I, 17, 2 § 21 (533), „interpretationes“ zu den Digeſten zu ſchreiben, damit nicht der Richter dadurch in Verwirrung gebracht werde über den Sinn der betreffenden Diſpoſitionen.

729) Dieſe Conſtitution erhält ihre wahre Würdigung durch das im J. 313 von Conſtantin im C. Th. XI, 29, 1 an die Unterrichter erlaſſene Verbot, ſich mit Conſultationen an den Kaiſer zu wenden.

Zweites Buch.

Die Principien der Repreſſion einer ungerechtfertigten Vermögensſchädigung und der arbiträren richterlichen Cognition.

Erſte Abtheilung.

Die Principien an ſich und deren einzelne Poſitionen.

Erſtes Capitel.

Die Principien je von rigor und aequitas.

§. 66.

A. Die Principien der gebundenen und der arbiträren richterlichen Cognition.

In Theil I § 66. 73. 99. Beil. VII. § 11. 22. iſt dargelegt, wie in der zweiten und dritten Periode Rechtswiſſenſchaft, wie Legislation der aequitas das Prinzip einer Berückſichtigung der individuellen thatbeſtändlichen Momente der Rechtsverhältniſſe überweiſen. Eine ſolche Berückſichtigung des Individuellen in den Rechtsverhältniſſen kann nun zwar ebenſowohl von einem Organe der Legislative ausgehen, ſo z. B. in dem kaiſerlichen Reſcriptenverfahren und ſo in Wahrheit auch bei Ertheilung einer im Edicte gar nicht proponirten a. utilis oder in factum Seitens des Prätor, als auch von einem Organe der Jurisdiction, ſo von Seiten des ius dicens im Falle vorbehaltener praevia causae cognitio, wie endlich auch von Seiten des iudex. Allein für das römiſche Privatrecht gewinnt nur die letzte Beziehung jenes Principes die Bedeutung einer in der Rechtsentwickelung inſtitutionell ſich ausprägenden leitenden hiſtoriſchen Idee, hier zugleich ſich ſpecialiſirend zu dem principiellen Gegenſatze der gebundenen und

der arbiträren richterlichen Cognition. Und dieses so specialisirte Princip allein ergiebt den einen Theil der Aufgabe des gegenwärtigen Buches.

Nach Thl. I § 66. 75. 76. gewinnt nun wiederum dies Princip zunächst eine legislative Bedeutung insofern, als dasselbe nicht allein in Aufstellung individueller Rechtssätze für concrete Verhältnisse, somit in Setzung von personales constitutiones sich kund giebt, sondern auch nach der Richtung hin sich manifestirt, daß in den Rechtssätzen oder auch in den Klagformeln Ausdrücke verwendet werden, welche Begriffe repräsentiren, deren logischer Inhalt oder Umfang nicht eine absolute Bestimmtheit in sich trägt, sondern lediglich in relativem Maaße bestimmt oder begränzt ist, so daß hierin dem Organe der Rechtspflege eine Form von flüssigem Denkwerthe an die Hand gegeben wird, mit welcher dasselbe nun bei Beurtheilung des concreten Falles zu operiren hat.

Auf Grund dieses letzteren Momentes gewinnt sodann jenes Princip auch eine eigene jurisdictionelle Bedeutung, insofern in Folge jenes Verfahrens der rechtssetzenden Gewalt dem iudex oder auch dem ius dicens die Stellung eines bonus vir oder ein boni viri arbitrium[730]) d. h. nicht bloß die Aufgabe zufällt, den zu beurtheilenden concreten Thatbestand dem dafür gegebenen Rechtssatze zu subsumiren und die daraus sich ergebende logische Conclusion in seinem Urtheile zu verlautbaren, sondern auch die anderweite Aufgabe, bei solcher Subsumtion den in der maaßgebenden Norm verwendeten, an sich nur relativ bestimmten Begriff mit Rücksicht auf den zu beurtheilenden concreten Thatbestand zu interpretiren: exacter zu bestimmen oder schärfer zu begränzen.

Endlich birgt jenes Princip auch eine Beziehung, welche noch hinter dessen jurisdictionelle Bedeutung und unmittelbar auf den Lebensverkehr selbst zurückgreift: denn indem dem Richter bei Freigebung solcher arbiträren Cognition die Berücksichtigung und

730) Vgl. Beil. VII. § 23. 25 fg., sowie Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 2): totam rem ad iudicem id est ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, u. dergl. Im Allgemeinen vgl. noch die von Birkmayer Exceptionen § 16 beigebrachten Citate.

BIBLIOTHECA BODLEIANA

Erwägung beſonderer thatbeſtändlicher Momente des concreten Falles anheim gegeben wird, ſo liegt hierin implicite zugleich die Anforderung an den Verpflichteten, ſelbſt die individuellen Momente und Beziehungen des Rechtsverhältniſſes, deſſen Mitintereſſent er iſt, bei Bemeſſung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten in das Auge zu faſſen und zu erwägen.

Was indeß jenes Princip in ſeiner Stellung innerhalb der Legislation betrifft, ſo gewinnt daſſelbe keine ſelbſteigene rechtshiſtoriſche Bedeutung; denn wenn allerdings auch die Rechtsgeſchichte das hiſtoriſche Geſetz bekundet, daß die Legislation im Laufe der Rechtsentwickelung den von Alters her verwendeten Begriffen von abſolutem Denkwerthe mehr und mehr Begriffe von nur relativer Beſtimmtheit ſubſtituirte, ſo fällt doch das, was in dieſem Entwickelungsgange eine inſtitutionelle Ausprägung erfährt, vollſtändig zuſammen mit der jurisdictionellen Bedeutung jenes Principes, während darüber hinaus die Ausprägung in eigenartig geſtaltetem Rechtsinſtitute, ſomit die eigentliche rechtsgeſchichtliche Verkörperung fehlt. Und ſodann wiederum die hiſtoriſche Bedeutung jenes Principes für den Lebensverkehr fällt nicht minder vollſtändig zuſammen und wird ſomit gedeckt von deſſen jurisdictioneller Stellung in der Rechtsgeſchichte. Daher iſt es die jurisdictionelle Beziehung allein jenes Principes, welche ein Thema von rechtshiſtoriſcher Bedeutung ergiebt und welche allein auch von den Quellen in ſolcher Bedeutung gewürdigt wird. Und indem hierdurch ohne Weiteres die hier maaßgebende Aufgabe ſich fixirt, ſo beſtimmt ſich dieſelbe als Darlegung der hiſtoriſchen Ausprägung und Entwickelung, welche das Princip der arbiträren, wie der gebundenen richterlichen Cognition im römiſchen Civilproceſſe erfuhr.

Solches Princip der richterlichen Cognition ſteht nun in unmittelbarer Abhängigkeit von der im Obigen präciſirten Zwiefältigkeit der von der Legislation verwendeten Begriffe. Und zwar kann die letztere die nur relativ beſtimmten Begriffe ebenſowohl in demjenigen Theile des Rechtsſatzes oder der Klagformel verwenden, welcher den zu normirenden oder zu beurtheilenden Thatbeſtand ſetzt, ſo z. B. in dem modicum tempus zwiſchen Richterurtheil oder confessio in iure und zwiſchen a. iudicati, welches Antonius Pius an Stelle der XXX iusti dies der XII Tafeln

setzte,[731]) oder in der justa causa manumissionis der lex Aelia Sentia, oder in dem Lehrbegriffe der mora[732]) oder in der Abhängigmachung der Ertheilung eines Rechtsmittels von einer iusta causa oder einer praevia causae cognitio Seitens des Prätors[733]); wie aber auch in demjenigen Bestandtheile des Rechtssatzes oder der Klagformel, welcher bezüglich des aufgestellten Thatbestandes die regelnde und anzuwendende Norm setzt, so z. B. dafern an solchen Thatbestand die Verpflichtung zur Leistung des quanti interest angeknüpft wird. Solches Verfahren der Legislation in Bezug auf den ersteren dieser beiden Punkte, rücksichtlich des normirten Thatbestandes, ist nun allerdings von Einfluß auf die Composition des Richterurtheiles und bestimmt ganz unmittelbar die bezügliche Denkoperation selbst, insofern als, wie obbemerkt, der Richter nicht lediglich eine logische Subsumtion des concreten Rechtsfalles unter den bezüglichen Rechtssatz vornehmen kann, sondern den legislativ gesetzten Thatbestand selbst hinsichtlich des gebrauchten Begriffes von nur relativer Bestimmtheit im Hinblick auf den zu beurtheilenden Thatbestand näher bestimmen oder begränzen muß; dagegen aber ist solches Verfahren der Legislation durchaus einflußlos auf die Modalität des richterlichen Urtheiles selbst, indem es nicht unmittelbar in dem letzteren reflectirt und in dessen Form keine specifische Ausprägung findet; denn das richterliche Urtheil lautet in der Entscheidung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Klage ganz gleich, wenn die Statthaftigkeit einer Klage von dem Ablaufe eines modicum tempus oder aber eines Monates abhängig gemacht ist. Wohl

---

731) Ant. Pius bei Callistr. 2. Cogn. (D. XLII, 1, 31), Ant. Phil. bei Pap. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 3. pr.), Car. im C. Just. VII, 54, 1. Ulp. 51. 70 ad Ed. (D. XXX, 1, 71. § 2. V, 1, 21), 5 de omn. Trib. (D. XLII, 2, 6. § 6) u. a. m.

732) Gai. I, 18. Ulp. I, 12 u. a. m. — Anton. Pius bei Marc. 4 Reg. (D. XXX, 1, 32. pr.) an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque iuris auctorum quaestione decidi posse, quum sit magis facti, quam iuris; Venul. 1 Stip. (D, XLV, 1, 137. § 2): totam rem ad iudicem — remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens pater familias conficere possit, quod facturum se promiserit, — habita ratione temporis, aetatis, sexus, valetudinis.

733) Vgl. Dirksen, Versuche 19 A. 56.

aber waltet das entgegengesetzte Verhältniß ob, dafern die Legislation in der an den vorausgesetzten Thatbestand angeknüpften Disposition solche Begriffe von nur relativer Bestimmtheit verwendet. Denn da die Aufgabe des Richteramtes darauf sich erstreckt, in exactem Maaße die dem Beklagten obliegende Leistung zu präcisiren, so muß nun durch die richterliche Instanz alles incertum bezüglich solcher Leistung in ein certum umgewandelt und so nun auch der in dem Rechtssatze oder der Klagformel gegebene Begriff von nur relativer Bestimmtheit in ein concretes Absolutes umgesetzt werden; oder, mit anderen Worten, da den Partheien nicht genügt, zu wissen, daß der Beklagte dem Kläger das id quod interest zu leisten in Wahrheit verpflichtet ist, vielmehr dieselben auch den concreten Betrag solches id quod interest von dem Richter zu erfahren angewiesen sind, so muß auch eine richterliche Instanz für die concrete ziffermäßige Bestimmung dieses id quod interest gegeben sein. Und hieraus nun ergiebt sich ohne Weiteres, daß das obige Verfahren der Legislation in der betrachteten Beziehung nicht allein für die richterliche Denkoperation an sich von Einfluß ist, sondern auch in dem Richterurtheile selbst: in dessen Fassung ganz unmittelbar seine Ausprägung findet. Dahinwiederum dafern die Legislation in der fraglichen Beziehung Begriffe von absolutem Denkwerthe verwendet, so z. B. eine Strafe von 100 auferlegt, reducirt sich die richterliche Urtheils-Operation auf die einfache Subsumtion des concreten Thatbestandes unter den Rechtssatz oder die Klagformel, während die Verurtheilung selbst des Beklagten, sachlich gleichwerthig, ebenso direct die Leistung jener 100 demselben auferlegen, als auch indirect und in der Weise dieses aussprechen kann, daß das Unrechthaben des Beklagten einfach und nackt constatirt wird, da ja bei jener Fassung von Rechtssatz oder Klagformel aus solcher Urtheilsform ohne Weiteres und ganz von selbst die Verbindlichkeit des Beklagten zur Zahlung jener 100 sich ergiebt.

Die hieraus sich ergebende zwiefältige Aufgabe des richterlichen Officium aber, die, wie dargelegt, durch ein entsprechendes zwiefältiges Verfahren der Legislation bedingt ist, gestaltet sich nun in dem römischen Rechte zu dem Träger des Gegensatzes der beiden Principien der arbiträren, und der gebundenen richterlichen Cognition, und damit zugleich zu einem Vehikel des prin-

cipiellen Gegensatzes von aequitas und rigor. Allein dem so aufgefaßten Gegensatze der Principien ist zu verschiedenen Zeiten eine wesentlich verschiedene Beziehung und Verwendung gegenüber den institutionellen Ordnungen und Gestaltungen der einschlagenden Verhältnisse beigemessen worden. Und zwar in der ersten Periode der römischen Rechtsgeschichte prägt solcher Gegensatz historisch sich aus in dem Gegensatze des präjudizialen und des meritorischen Richterurtheiles, so daher auf eine Auffassung sich stützend, die auf Seiten der aequitas in dem Grundsatze sich manifestirt:

Das Richterurtheil hat nicht lediglich die Aufgabe, die Partheien über deren Recht- und Unrechthabeu zu belehren, sondern zugleich auch den Beruf, über den öconomischen Gehalt des streitigen Rechtsanspruches in concreto zu entscheiden: es hat den Partheien das Quale und Quantum besonders zu weisen, welches auf Grund des dem Kläger zuständigen Anspruches demselben von dem Beklagten in concreto zu leisten ist.

Somit aber hat das Richterurtheil professionell die Frage über Recht- und Unrechthaben der Partheien nicht lediglich nach ihrer specifisch juristischen Seite, sondern auch nach ihrer öconomischen Seite besonders zu entscheiden: das Richterurtheil ist nicht ein nackter Wahrspruch über Recht- oder Unrechthaben der Partheien hinsichtlich der Rechtsbegründung des Klaganspruches, sondern zugleich ein Schiedsspruch über den öconomischen Inhalt der daraus sich ergebenden Leistungsverbindlichkeit des Beklagten. Und dies ist es, was ausgesprochen wird von

Cic. p. Rosc. Com. 4, 11: quid est in arbitrio: mite, moderatum;

wie von

Sen. de Ben. III, 7, 5: huius (i. e. arbitri) libera et nullis adstricta vinculis religio (sc. est): et detrahere aliquid potest et adicere; und de Clem. II, 7, 3: liberum arbitrium habet: non sub formula, sed ex aequo et bono iudicat et — illi licet — quanti vult taxare litem.

Im Uebrigen steht dieser Untersatz in Contact mit dem in § 75 unter III dargelegten Sätzen der aequitas.

Dahingegen der rigor stellt in Vertretung des Principes der gebundenen richterlichen Cognition die Position gegenüber:

Das Richterurtheil hat einzig und allein die Aufgabe, die Partheien über deren Recht- oder Unrechthaben zu belehren, nicht aber zugleich den weiteren Beruf, über den ökonomiſchen Inhalt des ſtreitigen Rechtsanſpruches in concreto zu entſcheiden: es hat den Partheien nicht das Quale und Quantum beſonders anzugeben, welches auf Grund des dem Kläger zuſtändigen Anſpruches demſelben von dem Beklagten in concreto zu leiſten iſt, ſondern höchſtens die in der Klagformel ausgedrückte Summe zu wiederholen.

Somit aber hat das Richterurtheil profeſſionell die Frage über Recht- und Unrechthaben der Partheien lediglich nach ihrer ſpecifiſch juriſtiſchen Seite, nicht aber auch nach ihrer ökonomiſchen Seite beſonders zu entſcheiden: das Richterurtheil iſt ein nackter Wahrſpruch über Recht- oder Unrechthaben der Partheien hinſichtlich der Rechtsbegründung der Klagformel[734]). Und dies iſt es, was ausgeſprochen wird von

Cic. p. Rosc. Com. 4, 11: quid est in iudicio? directum, asperum, simplex;

wie von

Sen. de Ben. III, 7, 5: iudicem — formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit.

---

734) Keller, Civ. Pr. § 7 ſpricht ſich dahin aus: „Man kann das Richteramt in zwiefacher Weiſe auffaſſen. Entweder ſo: Das Recht des Klägers iſt objectiv ſicher und feſt vorhanden oder nicht vorhanden, wie Geſetz, Recht und Thatſache, die es bedingen, an beſtimmten Zeichen erkennbar; die eine Parthie nur iſt blind für die Wahrheit; der Richter ſoll ſie ſuchen, finden, weiſen und ſchirmen. Oder ſo: Das ökonomiſche Verhältniß zwiſchen den beiden Litiganten iſt (objectiv) in Verwirrung gerathen, ſie ſelbſt vermögen nicht es zu ordnen, ſie bedürfen daher eines unpartheiiſchen Schiedsmannes, der aus Kopf und Herz, nach rechtlicher Leute Art und Sitte, an ihrer Statt daſſelbe geſtaltet und, wie es nun gelten ſoll, zurechtſetzt". Ich bedaure ſagen zu müſſen, daß ſolcher Gegenſatz von ſubjectiver Rechtsirrung und objectiver Rechtsverwirrung weder in den Quellen dem hier fraglichen Gegenſatze untergelegt wird, noch auch derſelbe an und für ſich begründet iſt: denn nach beiden Seiten hin unterfallen dem verſchieden präciſirten Richteramte ebenſo jene Rechtsirrung, wie dieſe Rechtsverwirrung. Und in Wahrheit iſt auch ganz anders die Darlegung Keller's in § 13, auf welche in A. 1148 zurückzukommen iſt.

Auch dieſer Unterſatz des rigor ſteht in Correſpondenz mit den in § 75 unter III dargelegten Sätzen deſſelben.

In ſolcher Verwendung und Beziehung nun prägt ſich, wie bemerkt, der den obigen Principien inliegende leitende Grundgedanke bis zu Ausgang der Republik gegenſätzlich aus: zuerſt innerhalb des Legisactionenproceſſes: in den lites und condictiones einerſeits, wie in den iurgia und reſp. der condictio triticaria andererſeits (§ 94), und ſodann auch wieder innerhalb des Formularproceſſes (§ 108).

Als indeß in der zweiten Periode die Anwendung des präjudizialen Urtheiles auf die dingliche Klage allein beſchränkt ward: auf leg. a. sacram. in rem, wie in rem agere per sponsionem, auch hier noch durch die Concurrenz der formula petitoria beeinträchtigt, ſo verkümmerte das eine Glied jenes hiſtoriſch ausgeprägten Gegenſatzes und damit zugleich der letztere ſelbſt. Wohl aber war inzwiſchen innerhalb des Formularproceſſes ein neuer, dem durch die obigen Principien gegebenenen Geſichtspunkte ſich unterordnender Gegenſatz zu Tage getreten: in der certi und incerti condemnatio. Denn indem dort der Richter durch die formula angewieſen iſt, den Beklagten entweder in die hier concipirte Summe zu condemniren, oder aber zu abſolviren, ſo beſchränkt ſich deſſen Thätigkeit wiederum auf die bloße Subſumtion des Streitfalles unter das Geſetz und es hat ſein Urtheil, wenn gleich formell anders lautend, doch den gleichen eng begränzten Spielraum, wie das präjudiziale Urthel in der leg. a., ſo daß hier zwar in anderer Form, aber doch in gleicher Richtung das Princip des rigor eine Ausprägung gewinnt. Dahinwiederum indem hier dem Richter aufgegeben wird, in eine als incertum hingeſtellte Geldſumme den Beklagten zu condemniren, ſo fällt demſelben noch der Umſatz dieſes incertum in eine certa pecunia ſammt aller weiteren, dafür erforderlichen voraufgängigen Cognition anheim, worin wiederum das Princip der aequitas eine Ausprägung findet.

Allerdings nun iſt ſolche Bezüglichkeit des Gegenſatzes von certi und incerti condemnatio zu dem Gegenſatze von rigor und aequitas der Wahrnehmung der ausgehenden erſten Periode nicht entgangen (§ 108); allein daſſelbe ward in ſeiner theoretiſchen Bedeutung in den Hintergrund gedrängt durch einen

in noch anderer Richtung hervortretenden dritten Gegenſatz der Principien, welcher der zweiten Periode nun Veranlaſſung gab, in dieſer Modalität der Ausprägung den Gegenſatz des rigor und der aequitas in das Auge zu faſſen und doctrinell anzuerkennen und zu verwerthen (§ 125). Denn unter den mit incerti condemnatio verſehenen Klagen heben ſich gewiſſe Gruppen derſelben ſcharf markirt von den übrigen ab, bei denen die dem Richter zufallende arbiträre Cognition ſich noch potenzirt; und dies ſind theils die bon. fid. actiones, welche auf Grund ihrer Formelconception in dem ausgedehnteſten Maaße der arbiträren Cognition des Richters unterſtellt ſind, theils die actiones arbitrariae, bei denen auf Grund der Reſtitutionsclauſel die Beſtimmung der in der pronuntiatio aufzuerlegenden Reſtitution nach Quale, wie Quantum einer nicht minder freien Cognition des Richters unterliegt (A. 1571). Dahingegen auf Seiten des rigor ſtellte man nun die condictiones, als die Klagen mit gebundener richterlicher Cognition.

Und dies nun iſt die Beziehung, in welcher die zweite und dritte Periode den Gegenſatz von rigor und aequitas dogmatiſch fixirt und verwerthet hat.

§ 67.

B. Das Princip der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung und deſſen Gegenſatz.

Der Inhalt des Principſatzes.

Nach Maaßgabe von Thl. I § 65. 71. 99. Beil. VII § 9. 20. wird der aequitas von der zweiten und dritten Periode das Princip überwieſen, daß die Vermögensveränderung, bei welcher die Bereicherung des Einen und die Schädigung des Andern Hand in Hand gehen, zu reprimiren ſei [795]). Dieſes Princip wird, wenn auch unter mannichfacher Nuancirung des Ausdruckes zunächſt in der Formulirung ausgeſprochen: nemo cum alterius

735) Dieſes Princip behandelt W. Sell, Verſuche I. no. I, wozu vgl. Denſelben, Pauca quaedam ad l. 14 § 3 de praescr. verb. etc. Turic. 1834, ſowie in Sell's Jahrb. III, 272. fg. Windſcheid, Pand. § 421 fg. Kuntze, Inſt. II, 504.

Auch dieſer Unterſatz des rigor ſteht in Correſpondenz mit den in § 75 unter III dargelegten Sätzen deſſelben.

In ſolcher Verwendung und Beziehung nun prägt ſich, wie bemerkt, der den obigen Principien inliegende leitende Grundgedanke bis zu Ausgang der Republik gegenſätzlich aus: zuerſt innerhalb des Legisactionenproceſſes: in den lites und condictiones einerſeits, wie in den iurgia und reſp. der condictio triticaria andererſeits (§ 94), und ſodann auch wieder innerhalb des Formularproceſſes (§ 108).

Als indeß in der zweiten Periode die Anwendung des präjudizialen Urtheiles auf die dingliche Klage allein beſchränkt ward: auf leg. a. sacram. in rem, wie in rem agere per sponsionem, auch hier noch durch die Concurrenz der formula petitoria beeinträchtigt, ſo verkümmerte das eine Glied jenes hiſtoriſch ausgeprägten Gegenſatzes und damit zugleich der letztere ſelbſt. Wohl aber war inzwiſchen innerhalb des Formularproceſſes ein neuer, dem durch die obigen Principien gegebenenen Geſichtspunkte ſich unterordnender Gegenſatz zu Tage getreten: in der certi und incerti condemnatio. Denn indem dort der Richter durch die formula angewieſen iſt, den Beklagten entweder in die hier concipirte Summe zu condemniren, oder aber zu abſolviren, ſo beſchränkt ſich deſſen Thätigkeit wiederum auf die bloße Subſumtion des Streitfalles unter das Geſetz und es hat ſein Urtheil, wenn gleich formell anders lautend, doch den gleichen eng begränzten Spielraum, wie das präjudiziale Urthel in der leg. a., ſo daß hier zwar in anderer Form, aber doch in gleicher Richtung das Princip des rigor eine Ausprägung gewinnt. Dahinwiederum indem hier dem Richter aufgegeben wird, in eine als incertum hingeſtellte Geldſumme den Beklagten zu condemniren, ſo fällt demſelben noch der Umſatz dieſes incertum in eine certa pecunia ſammt aller weiteren, dafür erforderlichen voraufgängigen Cognition anheim, worin wiederum das Princip der aequitas eine Ausprägung findet.

Allerdings nun iſt ſolche Bezüglichkeit des Gegenſatzes von certi und incerti condemnatio zu dem Gegenſatze von rigor und aequitas der Wahrnehmung der ausgehenden erſten Periode nicht entgangen (§ 108); allein daſſelbe ward in ſeiner theoretiſchen Bedeutung in den Hintergrund gedrängt durch einen

in noch anderer Richtung hervortretenden dritten Gegenſatz der Principien, welcher der zweiten Periode nun Veranlaſſung gab, in dieſer Modalität der Ausprägung den Gegenſatz des rigor und der aequitas in das Auge zu faſſen und doctrinell anzuerkennen und zu verwerthen (§ 125). Denn unter den mit incerti condemnatio verſehenen Klagen heben ſich gewiſſe Gruppen derſelben ſcharf markirt von den übrigen ab, bei denen die dem Richter zufallende arbiträre Cognition ſich noch potenzirt; und dies ſind theils die bon. fid. actiones, welche auf Grund ihrer Formelconception in dem ausgedehnteſten Maaße der arbiträren Cognition des Richters unterſtellt ſind, theils die actiones arbitrariae, bei denen auf Grund der Reſtitutionsclauſel die Beſtimmung der in der pronuntiatio aufzuerlegenden Reſtitution nach Quale, wie Quantum einer nicht minder freien Cognition des Richters unterliegt (A. 1571). Dahingegen auf Seiten des rigor ſtellte man nun die condictiones, als die Klagen mit gebundener richterlicher Cognition.

Und dies nun iſt die Beziehung, in welcher die zweite und dritte Periode den Gegenſatz von rigor und aequitas dogmatiſch fixirt und verwerthet hat.

§ 67.

B. Das Princip der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung und deſſen Gegenſatz.

Der Inhalt des Principſatzes.

Nach Maaßgabe von Thl. I § 65. 71. 99. Beil. VII § 9. 20. wird der aequitas von der zweiten und dritten Periode das Princip überwieſen, daß die Vermögensveränderung, bei welcher die Bereicherung des Einen und die Schädigung des Andern Hand in Hand gehen, zu reprimiren ſei [795]). Dieſes Princip wird, wenn auch unter mannichfacher Nuancirung des Ausdruckes zunächſt in der Formulirung ausgeſprochen: nemo cum alterius

---

735) Dieſes Princip behandelt W. Sell, Verſuche I. no. I, wozu vgl. Denſelben, Pauca quaedam ad l. 14 § 3 de praescr. verb. etc. Turic. 1834, ſowie in Sell's Jahrb. III, 272. fg. Windſcheid, Pand. § 421 fg. Kuntze, Inſt. II. 504.

erlittenen Vermögenseinbuße für den Geschädigten nach dem Quantum der andererseits erworbenen Bereicherung bemessen wird, demgemäß die bezüglichen Klagen auch wahre Bereicherungsklagen sind, insofern das Klagobject nach jenem Quantum der Bereicherung sich bemißt. Und dies ist z. B. der Fall theils bei denjenigen Klagen, deren Anwendung auf Grund unseres Principes über ihre ursprüngliche Sphäre hinaus erweitert, dabei aber auf das quanto locupletior factus est oder quod pervenit ad eum oder in rem versum oder dergl. beschränkt wird, theils bei den condictiones ob causam mit Ausnahme der condictio furtiva (§ 81).

Dagegen der anderen Formulirung des Principes, welche die bereichernde Vermögensschädigung reprimirt, entspricht eine andere Gruppe von Rechtsordnungen, welche auf Beseitigung der stattgefundenen Schädigung abzielt in der Weise, daß der ausgleichende Ersatz der erlittenen Vermögenseinbuße für den Geschädigten nach dem Quantum der eigenen Schädigung bemessen wird, und welche demgemäß die bezüglichen Rechtsmittel als wahre Schädenklagen construirt, insofern das Klagobject nach dem Quantum des erlittenen Schadens: dem quanti interest oder quanto minoris est sich bemißt. Und dies wiederum ist der Fall bei den Rechtsmitteln, welche die pecuniären Folgen der verschuldeten Verletzung von Rechtsansprüchen aus Obligationen oder iura in re, wie des delictartigen Verhaltens in Geschäftsverhältnissen auszugleichen berufen sind (§ 80).

Hiermit allenthalben aber geht fernerweit Hand in Hand, daß je nach jener Duplicität ebenso die doctrinelle Auffassung, wie die practische Anschauung der betreffenden Ordnungen und Verhältnisse bald die Bereicherung, bald die Schädigung als das prävalirende und wichtigste Moment vornämlich in das Auge faßt, dagegen das andere correspondirende Moment mehr in den Hintergrund zurücktreten läßt, wie dies z. B. sich geltend macht bei

Jul. in Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 12. § 2): natura quod metus causa actionis, quae damnum exigit,

wo das lucrum exigi übergangen wird; und andrerseits wiederum bei

Ulp. 43 ad Sab. (D. XII, 7, 1. § 3): constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel redit ad non iustam causam,

wo wiederum das Erforderniß des damnum sentire nicht ausgesprochen ist, während andrerseits auch wieder unabhängig von jener im Rechte ausgeprägten Verschiedenheit die römischen Juristen bald das damnum, bald das lucrum allein besonders in das Auge faßten, so

Jul. 15 Dig. bei Ulp. 46 ad Sab. (D. XXI, 2, 32. § 1): id agendum est, ne lucrum faciat emtor.

Alle diese Momente schließen indeß nicht aus, daß indem in beiden Formulirungen des Principsatzes selbst so Bereicherung, wie Schädigung als gleich wesentliche Momente des normirten Thatbestandes hingestellt sind, consequenter Weise nun auch die niederen, jenem Principe unterfallenden Rechtssätze ihre normativen Ordnungen an Thatbestände anzuknüpfen haben, in denen gleichmäßig an dem Eintritte der Bereicherung, wie der Schädigung je des Einen der beiden Interessenten festgehalten ist.

Diese Consequenz gelangt nun in der That zu voller Geltung bei jener ersteren Gruppe von Rechtsmitteln, welche die beschehene Bereicherung revociren: denn weil nach der Theorie der aequitas als ein wesentlicher Moment der Obligation ein pecuniäres Interesse des Gläubigers erfordert wurde (A. 1747), das pecuniäre Interesse vom Gegner des Bereicherten aber gerade nur in der von Jenem erlittenen Vermögensschädigung gegeben war, so mußte schon auf Grund dieser Prämissen bei jenen Rechtsmitteln auch der Moment der erlittenen Schädigung seine volle theoretische, wie practische Bedeutung behaupten, in Folge dessen aber jenes Verhältniß gleicher Wichtigkeit der Schädigung, wie der Bereicherung für den rechtsverletzenden Thatbestand seine ungeschmälerte Geltung sich bewahren.

Wohl aber tritt auf Seiten der Gruppe von Rechtsmitteln, welche die beschehene Vermögensschädigung ausgleichen, ein anderes Verhältniß zu Tage: denn hier werden die betreffenden Rechtsmittel nicht in der Weise auf den Thatbestand der stattgehabten Bereicherung des Beklagten gestützt, daß der Kläger eine solche in ihrem Eintritte, ihrer Beschaffenheit und ihrer Höhe in concreto nachzuweisen hätte, als vielmehr es bildet die Schädigung

allein des Klägers den wesentlichen, klagbegründenden Thatbestand. Ja es werden die bezüglichen Rechtsmittel vereinzelt selbst da zugesprochen, wo in Folge der thatbeständlichen Verhältnisse des concreten Falles eine Schädiguug des Verletzten überhaupt ohne eine Bereicherung des Verletzenden stattgefunden hat, so z. B. von

Paul. de Libert. (D. XI, 1, 17. pr.): si privatus, coactus a populo manumiserit, quamvis voluntatem accomodaverit, tamen non erit liber.

Diese Erscheinung, daß in dem Principsatze Bereicherung und Schädigung als gleich wesentliche Momente hingestellt, bei der letztbezeichneten Gruppe von Rechtsmitteln aber die Bereicherung des Schädigenden jener ihrer Gleichwerthigkeit wieder entkleidet ist, erklärt sich jedoch daraus, daß, indem die doctrinelle und praktische Anschauung bei jenen Klagen den Schwerpunkt ihrer Betrachtung in der Schädigung im Gegensatze zur Bereicherung fand, dieses auf dem Gebiete der prozessualischen Gestaltung jener Rechtsmittel zu dem bedeutungsvollen Ergebnisse führte, welches in der Bemessung der klägerischen Beweislast hervortritt. Denn sobald nur nach Maaßgabe der Schädigung das Quantum der Rückerstattung sich bestimmte, die Höhe der Bereicherung aber hierauf einflußlos war, so mußte auch die practische Rücksicht auf Vereinfachung und Erleichterung der klägerischen Beweislast überhaupt davon absehen lassen, die Thatsache der Bereicherung als wesentlichen Moment der Klagbegründung, wie des Beweises festzuhalten, so daß demnach lediglich für die Thatsache der Schädigung die prozessualische Bedeutung eines wesentlichen Stückes des Klaggrundes verblieb.

Alle diese Momente schließen nun allerdings nicht aus, daß nicht die Rechtsbildung bei Ausführung des Principes durch Schaffung der hier fraglichen Rechtsordnungen an dem dort gesetzten Verhältnisse eines Zusammentreffens von Bereicherung und Schädigung von Vornherein festgehalten hätte. Vielmehr regeln diese Rechtssätze in der That Vorkommnisse, welche in ihrer gewissermaßen normalen, weil im Lebensverkehre allerhäufigsten Gestaltung, die Schädigung auf der einen mit der Bereicherung auf der anderen Seite verbinden. Allein immerhin äußern doch die obigen Momente auch nach Seiten der Theorie hin die Rück-

wirkung, daß das in dem Principſatze ausgeſprochene Merkmal der Bereicherung gegenüber den das Princip tragenden Rechtsſätzen zu einem rein potentiellen Werthe und einer nur ſpeculativen und abſtrakten Bedeutung herabſank, inſofern in concreto die Darlegung der Verwirklichung ſolchen thatbeſtändlichen Momentes nicht erfordert wurde, in Folge deſſen aber dem Eintritte ſolcher Bereicherung nur noch die Bedeutung einer legislativen Vorausſetzung und eines legislatoriſchen Geſichtspunktes für die betreffenden Rechtsfälle und deren bezügliche Rechtsmittel verblieb: das Princip ſelbſt ergab zwar für die betreffenden Rechtsmittel die Aufgabe, der mit einer Bereicherung verbundenen Schädigung des Anderen entgegenzutreten; allein jene Rechtsmittel ſelbſt löſen ſolche Aufgabe auf dem Wege, daß ſie allerdings gegen die Schädigung ſich richten, den Nachweis jedoch der andrerſeits erfolgten Bereicherung in concreto nicht weiter erfordern. Und indem damit in Wahrheit auch das in dem Principſatze ausgeſprochene Verhältniß der Gleichwerthigkeit von Bereicherung und Schädigung praktiſch wieder verloren ging, vielmehr die Schädigung allein die Stellung als eines allgemein weſentlichen thatbeſtändlichen Momentes ſich bewahrte, ſo entwickelte ſich hieraus endlich auch der weitere Verlauf, daß man die betreffenden Rechtsmittel auch da zuließ, wo ausnahmeweiſe eine Bereicherung der eingetretenen Schädigung gar nicht gegenüberſtand.

Für die rechtshiſtoriſche Entwickelung des Principes aber ergiebt ſich aus den obigen Verhältniſſen das Reſultat, daß innerhalb der rechtshiſtoriſchen Sphäre des Principes die Vermögensſchädigung allein in Wahrheit einen allſeitig weſentlichen Moment der bezüglichen Rechtsordnungen ergiebt, wogegen eine damit Hand in Hand gehende Bereicherung nur bei jener erſteren Gruppe von Rechtsmitteln zu einer ſelbſteigenen ſyſtematiſchen Bedeutung, wie zu rechtshiſtoriſcher Ausprägung gelangt.

§ 68.

Die Sphäre des Principſatzes.

Indem das erörterte Princip in ſeinen beiden Formulirungen: nemo lucrari cum damno, wie damnum sentire per lucrum alterius debet zwei unmittelbar betheiligte Subjecte einander gegen-

überstellt: den Bereicherten und den Geschädigten, so sind damit aus der Herrschaftssphäre des Principes ausgeschlossen diejenigen Vorgänge des Güterverkehres, bei denen jene beiden betheiligten Subjecte in dem Momente, wo Bereicherung und Schädigung für die Wiederherstellung des früheren Vermögensstatus in Frage kommen, einander gar nicht gegenüberstehen. Und dies nun ist der Fall bei den Rechtsgeschäften von Todes wegen. Daher ergiebt sich hieraus für das Princip die Beschränkung seiner Geltung und Herrschaft auf den Vermögensverkehr unter Lebenden. Und dies bestätigt denn auch die legislative Behandlung von error, dolus malus und vis bei dem Testamente (§ 30).

Sodann ergiebt sich für die Sphäre des obigen Principes noch eine weitere Beschränkung historischer Beschaffenheit, insofern der entsprechende Gegensatz der aequitas und des rigor keine Ausprägung und Geltung gewinnt innerhalb des Gebietes des Delictes: und zwar weder bei der Obligation an sich, noch bei den bezüglichen Klagen. Denn indem die aequitas, als Inbegriff gewisser von der jüngeren Volksanschauung vertretener Rechtsanschauungen, nicht schlechthin, sondern nur insoweit sich abgränzt und zur selbstständigen, rechtsschöpferischen Potenz sich erhebt, als jene Anschauungen in einem principiellen Gegensatze zu dem altüberlieferten Rechte ebenso stehen, wie erfaßt werden (Thl. I § 4); indem dagegen das altüberlieferte Delict- und Quasidelictrecht in einem allgemeinen Widerstreite mit den dem obigen Principe entsprechenden jüngeren Rechtsanschauungen zu keiner Zeit gestanden hat, so tritt nun auch auf diesem Gebiete ein Gegensatz zwischen aequitas und rigor gar nicht zu Tage: es giebt innerhalb des Delictes an sich keinen auf das obige Princip gestützten Gegensatz von aequitas und rigor, indem vielmehr der letztere nur auf die Sphäre des Contractes und Quasicontractes, wie des dinglichen Rechtes sich beschränkt, insoweit an dieses Rechtsverhältnisse obligatorischen Characters sich anknüpfen, sei es die Verbindlichkeit zu Ersatz eines Vermögensschadens, sei es die Verbindlichkeit zur Restitution einer Bereicherung.

Endlich die bedeutungsvollste Beschränkung der Sphäre des obigen Principes ist gegeben in dem Momente, welchen Pomp. 9 ex Var. Lect. (D. L, 17, 206) in den Worten: neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem hervorhebt

in dem Ausdrucke iniuria, und welchen in allgemeinerer Beziehung ausſpricht

Paul. 64 ad Ed. (D. L, 17, 151): nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet;

wie auch Trebat. bei Ulp. 81 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 24. § 12): neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure meo usus sum wozu vrgl. A. 809,

wogegen in der Mehrzahl der unſer Prinzip bekundenden Stellen jener Moment als ſelbſtverſtändlich unausgeſprochen gelaſſen wird. Dies aber iſt das Merkmal, daß Bereicherung und Schädigung als ungerechtfertigt ſich darſtellen müſſen, um dem Verbote des obigen Principes zu unterfallen, ſomit aber die Bereicherung des Einen zum Schaden des Anderen nicht ſchlechthin reprimirt wird, als vielmehr nur dann, wenn nach einem gegebenen Maaßſtabe des Urtheiles ſolche Vermögensveränderung als mißbilligenswerth oder ungerechtfertigt ſich darſtellt. Und zwar iſt hier, wo die aequitas als Triebkraft und Princip der Rechtsbildung in Betracht kömmt, ſomit das legislatoriſche Motiv, nicht aber die Wirkungsſphäre des Rechtsſatzes in Frage ſteht, die urtheilende Potenz ſelbſt gegeben nicht in dem ius, als vielmehr allein und unmittelbar in der aequitas ſelbſt, ſomit in der jüngeren römiſchen Rechtsanſchauung, welche ſo wie zum Träger jenes Maaßſtabes ſich erhebt, nach welchem die ſachliche Rechtfertigung der beſitzverändernden Bewegungen des Güterverkehrs beurtheilt und bemeſſen wird, ſo daß vom Standpunkte des hiſtoriſchen Bildungsproceſſes nicht die iniuria, als vielmehr die iniquitas der Schädigung und Bereicherung die Sphäre des obigen Prinzipes markirt. Den Maaßſtab ſelbſt aber, nach welchem hierbei die aequitas ihr Urtheil ſetzt, können wir hier, vorbehaltlich genauerer Präciſirung (§ 75) vorläufig beſtimmen als das Geſetz der Ordnungsmäßigkeit im bürgerlichen Güterverkehre des römiſchen Lebens.

Und jener beſchränkende Moment innerhalb des obigen Principes gewinnt nun in der That auch hiſtoriſch darin ſeinen Ausdruck, daß ſelbſt innerhalb des Gebietes des aequum die Bereicherung zum Schaden des Anderen als ein zu tolerirender Vorgang da anerkannt wird, wo die Volksanſchauung in ſolchem

Vermögensübergange keine Störung des ordnungsmäßigen Güterumlaufes und somit auch keine Verletzung der boni mores, als vielmehr die normale Kundgebung eines nationalökonomischen Gesetzes der Güterbewegung würdigte. Und hierauf nun beruht es, wenn, ohne in einen Widerspruch mit dem obigen Principe zu treten, die Rechtsbildung auf dem Gebiete des aequum Ordnungen und Sätze schafft, welche die Bereicherung des Einen zum Schaden des Anderen sei es als wesentliches, sei es als statthaftes Ergebniß des betreffenden Vorganges zur Folge haben, wie z. B. in dem Rechtssatze, daß der bon. fid. possessor durch Separation der Früchte der res aliena Eigenthum erwirbt und durch deren Consumtion sich bereichern darf:

Paul. 23 ad Ed. (D. X, 1, 4. § 2): ante iudicium percepti (sc. fructus) non omnimodo hoc in iudicium (sc. fin. reg.) venient: aut enim bona fide percepit et lucrari eum oportet, aut mala fide et condici oportet;

wie nicht minder nach Maaßgabe des bezüglich der emtio venditio gültigen Axiomes, welches bekundet wird von

Pomp. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 16 § 4): in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire;

Paul. 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 22. § 3): quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus idem iuris est[736]);

oder auch wenn die jüngere Rechtsanschauung altüberlieferte Ordnungen unbeanstandet aufrecht erhält, aus denen die Bereicherung des Einen zum Schaden des Anderen resultirt, wie z. B. die Usucapion.

---

736) Vgl. § 122 und insbesondere Hor. Ep. II, 2, 10 fg.: plenius aequo laudat venalis, qui vult extrudere, mercis; Ulp. 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1. § 1): si improbato more versatus sit in celanda servitute, debere eum teneri; Reg. (D. XLIV, 7, 25. § 1): ex contractu actio est, quoties quis sui lucri causa cum aliquo contrahit, veluti emendo vendendo, locando conducendo et ceteris similibus; 4 ad Sab. (D. IV, 4, 37), 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 19. pr. § 3); Flor. 8. Inst. (D. XVIII, 1, 43. pr. § 1).

Und endlich tritt zu Alle dem noch die weitere Beſchränkung, daß jenes Princip nur inſoweit Anwendung erleidet, als die Bereicherung einerſeits und die Schädigung andrerſeits nicht mit dem Willen des Benachtheiligten ſelbſt eintritt, wie z. B. bei donatio oder commodatum, daher z. B. das Verbot der donatio inter virum et uxorem durchaus nicht der Sphäre des obigen Principes, als vielmehr einem ganz anderen leitenden Geſichtspunkte unterfällt.

So daher ergiebt ſich aus Alle dem als Gehalt des obigen Principes der aequitas das Verbot der im Güterverkehre unter Lebenden dem Anderen wider deſſen Willen zugefügten und mit der eigenen Bereicherung verbundenen objectiv ungerechtfertigten Vermögensſchädigung, demgemäß daſſelbe ſelbſt ſich characteriſirt als Princip der Repreſſion der objectiv ungerechtfertigten Vermögensſchädigung oder, in affirmativer Faſſung, als Princip des Erforderniſſes eines zureichenden objectiven Grundes der Vermögensveränderung im Güterverkehre unter Lebenden.

Die weiteren Fragen endlich, wie im römiſchen Rechte das Weſen der Schädigung aufgefaßt und in welchen Vorkommniſſen die mangelnde Rechtfertigung der Vermögensſchädigung ſtatuirt wurde, iſt in § 69 fg. im Näheren zu erörtern, wogegen bezüglich der Bereicherung die entſprechenden Fragen in § 69 und 81 ihre Erledigung finden.

§ 69.

Das Weſen des Schadens.

Die für das Princip der Repreſſion einer ungerechtfertigten Schädigung maaßgebenden Einwirkungen auf die Vermögensverhältniſſe werden in den Quellen bezeichnet durch die Worte damnum, detrimentum, iactura einerſeits und lucrum oder lucrari, wie locupletiorem fieri andrerſeits (§ 67).

Dieſe Ausdrücke vertreten zwei Gruppen von Begriffen, und zwar zunächſt auf Seiten der Vermögensminderung die drei Begriffe von:

Einbuße: iactura d. i. diejenige Aenderung eines Vermögensſtatus, welche in einem Abgange an demſelben beſteht. Und zwar iſt ſolcher Abgang ein zwiefältiger: ein negativer und

ideeller, nämlich Wegfall eines Erwerbes, und ein positiver und reeller, nämlich

Verlust: detrimentum oder quantum, quod abest (A. 743) d. i. diejenige Einbuße, welche in einer Verminderung des bereits innegehabten Besitzstandes von Gütern besteht. Und sodann

Schaden: damnum ist diejenige Einbuße, mit welcher ein Nachtheil: incommodum d. i. eine Beeinträchtigung der realen Interessen Jemandes sich verbindet[737]). Demzufolge ist daher der Schaden, entsprechend wie die Einbuße ebenso ein negativer, wie ein positiver.

Das Resultat aber des positiven Vermögensschadens ist das pauperiorem fieri.

Auf Seiten der Vermögensverbesserung dagegen treten als die correspondirenden Begriffe gegenüber:

Gewinn: lucrum, als die Veränderung eines Vermögensstatus, welche in einem Zugange zu demselben besteht. Und solcher Zugang ist ebenfalls zwiefältig: ein negativer und ideeller:

---

737) Der Schaden ist das Product eines Zusammentreffens von Einbuße und Nachtheil: von iactura und incommodum, daher derselbe sich definiren läßt ebenso als diejenige Einbuße, welche mit einem Nachtheile für den Betreffenden verbunden ist, wie auch als derjenige Nachtheil, welcher mit einer Einbuße an Gütern sich verbindet, die selbst Träger der realen Interessen des Betroffenen sind, oder kürzer ebenso als nachtheilige Einbuße, wie als der mit einer Einbuße verbundene Nachtheil. Im Uebrigen vgl. Voigt, Bedeutungswechsel gewisser — technischer lat. Ausdrücke 110 fg. Nach Alle dem ist jeder Schaden begleitet von einer Einbuße: Paul. 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33. pr.): in lege — Aquilia damnum consequimur et amisisse dicimur, quod etc. und 57 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 3): damnum et damnatio ab ademtione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt; und Weiteres Voigt a O. 155; nicht dagegen resultirt jede Einbuße einen Schaden: Justin. H. Phil. II, 5, 11: amissis LXXX milibus hominum —, quae iactura abundante multitudine inter damna numerata non est. — Detrimentum ist ebenso wie emolumentum entlehnt von gewissen Manipulationen mit dem Getreide; und zwar ist ersteres eine Unterart der iactura: Sen. de Brev. 8, 4: tolerabilis est illis iactura detrimenti latentis, wo der Genitiv epexegetisch zu fassen ist: die Einbuße, welche in einem nicht wahrgenommenen Verluste besteht. — Endlich der Nachtheil ist nicht nothwendig Schaden: das damnum infectum ist ein Nachtheil, aber kein reeller Schaden: § 70.

Abwendung eines Verluſtes, und ein poſitiver und reeller, nämlich

Erwerb: emolumentum oder quod pervenit ad aliquem[738]) d. i. derjenige Gewinn, welcher in einer Vermehrung des bereits innegehabten Beſitzſtandes an Gütern beſteht. Und ſodann

Nutzen: utilitas iſt derjenige Gewinn, mit welchem ein Vortheil: commodum d. i. eine Förderung der realen Intereſſen Jemandes ſich verbindet, daher nun der Nutzen, entſprechend wie der Gewinn, ebenſo ein negativer, wie ein poſitiver ſein kann. Endlich

Bereicherung: locupletiorem fieri oder, in techniſcher Nuancirung des Ausdruckes (A. 918) ebenfalls quod pervenit ad aliquem iſt die aus dem poſitiven Nutzen reſultirende Verbeſſerung der Vermögensverhältniſſe.

So daher vertreten die Worte iactura und lucrum, damnum und utilitas, detrimentum und emolumentum die begrifflichen Gegenſätze von Einbuße und Gewinn, Schaden und Nutzen, Verluſt und Erwerb, während das locupletiorem fieri ſeinen Gegenſatz in dem pauperiorem fieri findet[739]).

Von allen jenen Begriffen ſind indeß für den Principſatz an ſich maaßgebend nur das damnum, wie locupletiorem fieri. Allein in Folge eines freien Gebrauches in Verwendung der Begriffe tritt hierbei an Stelle des locupletiorem fieri auch das lucrum oder lucrari, während wiederum in Vertretung von damnum auch verwendet werden iactura, wie detrimentum[740]). Und

---

738) So bei Ulp. 30 ad Sab. (D. X, 3, 3. pr.), Paul. 59 ad Ed. (D. XLII, 5, 14. § 1). Wegen der techniſchen Bedeutung des Ausdruckes ſ. A. 918.

739) So z. B. Pap. 13 Resp. (D. XXXV, 2, 15. § 5); ita fit locupletior, ut tanto pauperior esse videatur; Ulp. 32 ad Sab. (D. XXIV, 1, 58): donatio quae et donantem pauperiorem et accipientem facit locupletiorem. Dann pauperiorem fieri z. B. Procul. bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XXI, 2, 16. § 2), Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 14. § 1) u. a. m.

740) So in erſter Beziehung bei Jul. 2 Dig., Pomp. 14 ad Sab., Gai. 4 ad Ed. prov. u. a. in § 67 cit. In zweiter Beziehung bei Paul. 20. 30 ad Ed. Tryph. 8 Disp. in § 67 cit. In letzter Beziehung bei Pomp. 9 ex var. Lect. und 21 ad Sab. in § 67 cit. Vgl. auch § 89.

entſprechende Irregularitäten des Sprachgebrauches treten, wie mannichfach in den Quellen, ſo auch in der Behandlung des Schadens zu Tage, ſo indem das detrimentum vertreten wird durch damnum oder durch amittere[741]), der Wegfall des Erwerbes aber bezeichnet wird als amissa utilitas oder amissum lucrum oder commodum[742]).

Im Uebrigen aber heben die Quellen die zwiefache Modalität der den Schaden reſultirenden Einbuße: als detrimentum, wie als Wegfall eines emolumentum mehrfach hervor, ſo namentlich

Vivian. bei Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 1. § 41): omnia, quaecunque habiturus vel assecuturus erat is, — restitui — debere;

Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8): in hanc arbitrariam quod interfuit veniet — — et lucri ratio habeatur, non solius damni; 30 ad Sab. (D. X, 3, 3. pr.): in communi dividendo iudicio — pervenit, — si quid in his damni datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi;

Paul. 76 ad Ed. (D. XLVI, 8, 13. pr.): in quantum mea interfuit id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui; 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33. pr.): in lege — Aquilia damnum consequimur et amisisse dicimur quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur;

Diocl. im C. Just. V, 51, 7: quidquid — amiserint vel, quum possent, non quaesierint;

---

741) Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8): in hanc arbitrariam quod interfuit veniet — et lucri ratio habeatur, non solius damni. — Diocl. et Max. im C. Just. V, 51, 7: quidquid amiserint vel, quum possent, non quaesierint.

742) So Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 9. § 8): utilitates — si quae amissae sunt, — aestimandae a iudice sunt; vergl. Paul. 23 ad Ed. (D. X, 1, 4. § 1): aliquam utilitatem ex eo loco percepit. — Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33): quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: Ulp. 27 ad Ed. in A. 741; Paul. 76 ad Ed. (E. XLIII, 8, 2. § 11): damnum — pati videtur, qui commodum amittit. Vgl. Schilling, Inſt. § 232 h.

Justinian im Cod. VII, 47, 1: non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id quod interest statuerunt;

während den Wegfall des Gewinnes insbesondere hervorheben:

Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33): quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur;

Ulp. 68 ad Ed. (D. XLIII, 8, 2. § 11): damnum — pati videtur, qui commodum amittit.

Und zwar wird hierbei der Verluſt, das detrimentum umſchrieben als Einbuße des habere oder als quantum, quod abest,[743]) während der Wegfall des Erwerbes umſchrieben wird als Einbuße des rem assequi, consequi, quaerere, wie auch des id quod pervenit, ſo bei den citirten Vivian., Paul. 2 ad Plaut. und Diocl.

Die Intereſſen ſelbſt aber, welche in dem Schaden beeinträchtigt werden, müſſen reale, nicht aber ideale ſein. Während daher die menſchlichen Intereſſen ſelbſt ſo vielfältig ſind, als es überhaupt verſchiedene Zielpuncte der menſchlichen Beſtrebungen giebt: in Religion, wie Wiſſenſchaft, in Kunſt, wie Fertigkeit, im Gefühlsleben, wie in der Ethik, in Geſundheitsverhältniſſen, wie Beſitzſtand, ſo ſind nun von allen dieſen mannichfachen Intereſſen nur die realen allein maaßgebend für das Weſen des Schadens. Daher liegt hierin, daß die mit einer Einbuße verbundene Beeinträchtigung des ſogen. Affectionsintereſſes für ſich allein, ſo die Verletzung des religiöſen Gefühles durch die blasphemiſtiſche Zerſtörung eines zum Cultus dienlichen Objectes, oder des Gefühles von Liebe oder Freundſchaft durch den verübten Mord dem Begriffe des Schadens gar nicht unterfällt. Dagegen begründet andererſeits die mit einer Einbuße verbundene Beeinträchtigung eines jeden realen Intereſſes den Thatbeſtand des Schadens, daher die Beeinträchtigung ebenſowohl der körper-

743) In erſter Beziehung vergl. den obcitirten Vivian.; wegen abesse Jav. 8 ex Cass. (D. III, 5, 28); Jul. 3. 33 Dig. (D. III, 5, 6 § 3. XXX, 1, 82); Gai. 3 ad Ed. prov. (D. III, 5, 2); Ulp. 30 ad Sab. (D. X, 3, 3. pr.); Paul. 11. 76 ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 2. XLVI, 8, 13. pr.).

lichen Integrität und des guten Namens,[744]) wie der pecuniären oder Vermögensintereſſen.

Allein auch der Schaden iſt nicht in allen dieſen ſeinen mannichfachen Beziehungen, ſondern lediglich als Vermögensſchaden im Beſonderen: als damnum pecuniarium[745]) maaßgebend für das hier fragliche Princip: denn das damnum, welches dort der Bereicherung, dieſelbe vermittelnd, gegenübertritt, iſt allein der Vermögensſchaden. Dieſer Vermögensſchaden aber iſt die Beeinträchtigung der pecuniären Intereſſen durch Einbuße an den als Träger ſolcher Intereſſen dienenden Gütern. Somit iſt für das Weſen des Vermögensſchadens maaßgebend allein die Beſchaffenheit des beeinträchtigten Intereſſes als Vermögensintereſſe, keineswegs aber die Beſchaffenheit des von dem benachtheiligenden Vorgange unmittelbar betroffenen Objectes als Vermögensobject. Daher ergiebt einerſeits die Beeinträchtigung eines andersartigen, wie z. B. eines ſympathetiſchen Intereſſes durch Einbuße an einem Vermögensobjecte, ſo an einem an ſich völlig werthloſen Bilde an und für ſich keinen Vermögensſchaden, wogegen andrerſeits, worauf weiter zurückzukommen iſt, die Beeinträchtigung des Vermögensintereſſes durch unmittelbare Einbuße an einem andersartigen Gute, wie z. B. an einem Körpergliede wiederum mittelbar einen Vermögensſchaden reſultiren kann. Die Einbuße an einem Vermögensobjecte ergiebt daher für den Vermögensſchaden nicht einen ſelbſtſtändigen weſentlichen Moment, ſondern iſt für denſelben lediglich ſecundär erforderlich, inſoweit nämlich, als davon die Beeinträchtigung des Vermögensintereſſes abhängig iſt (A. 749).

Jenes Vermögensintereſſe im Beſonderen aber iſt es, welches das Weſen des Intereſſe im juriſtiſch-techniſchen Sinne[746]) er-

744) So z. B. Ulp. 23 ad Ed. (D. IX, 3, 1. § 5. 6): damna, quae in rem hominis liberi facta sunt, — — quae in corpus eius admittuntur: Sept. Sev. und Carac. im C. Just. V, 47, 1: damnum existimationis; auch Cic. ad Att. X, 8, 7: damnum meae laudis u. a. m.

745) So Ulp 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 17. § 19), 23. 44 ad Ed. (D. IX, 3, 5. § 5. XXXVIII, 5, 1. § 15).

746) Vgl. darüber Mommſen, Beiträge zum Oblig. Rt. II. Cohnfeld, Lehre vom Intereſſe. Im vulgären Sinne iſt Intereſſe in ſubjectiver Beziehung: affectus, affectio die einem Vorſtellungsobjecte zugewendete Theil-

giebt als des Betheiligtſeins Jemandes an den dasjenige Object betreffenden Vorgängen, welches in einem vortheilhaften Bezüglichkeitsverhältniſſe zu dem Vermögen des Betheiligten ebenſo ſteht, wie auch, als Gut, von dem letzteren ſelbſt gewürdigt wird.[747]) In den Quellen aber wird dieſes Intereſſe vertreten

---

nahme, welche auf einem Wohlgefallen an ſolchem Objecte beruht; dahingegen die Intereſſen in objectiver Beziehung: utilitas, interest nostra ſind dasjenige Verhältniß des Betheiligtſeins Jemandes an den ein Vorſtellungsobject betreffenden Vorgängen, welches auf einer ſolchem Objecte vom Betreffenden zugewendeten, durch ein Wohlgefallen hervorgerufenen Theilnahme beruht. So in erſterer Beziehung Ulp. 44 ad Ed. (D. XXXVIII, 5, 1. § 15): affectio vel opportunitatis vel coeli vel quod illic educatus sit vel parentes sepulti; Sev. Alex. im C. Just. V, 34, 2: maritus — rebus uxoris suae debeat affectionem; vgl. auch A. 2. Dagegen in letzterer Beziehung Pomp. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. XXIII. 4, 6): utilitas nubentium; Tryph. 4 Disp. (D. XLIX, 15, 12. § 3): publica nuptiarum utilitas, ſowie § 27 unter 4; und anderentheils Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 14. § 1): interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi; 60 ad Ed. (D. XXIII, 3, 2): rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. — Die Definition von Cohnfeldt, Intereſſe 57: Intereſſe iſt aller von einer Thatſache für eine beſtimmte Perſon abhängige Vortheil, oder: Alles, was Jemand von dem Eintritt oder Nichteintritt eines gewiſſen Ereigniſſes haben würde, iſt in letzter Faſſung formal fehlerhaft: denn „Alles" iſt nicht das genus proximum des Intereſſe, in beiderlei Faſſung aber real unwahr: denn das Intereſſe iſt weder ein Vortheil, noch ein Haben-Werden, als vielmehr ein Betheiligtſein, welches afficirt werden kann ebenſo durch Vortheil, wie durch Nachtheil und ebenſo durch haben-werden, wie durch nicht-haben-werden.

747) Puchta, Pand. § 225 definirt: Intereſſe iſt die Differenz zwiſchen dem gegenwärtigen, nach einem beſchädigenden Ereigniß beſtehenden Vermögen und dem Betrage deſſelben, wie er ohne jenes Ereigniß ſein würde; und ähnlich bereits vorher Unterholzner, Schuldverhältniſſe I § 125, wie nachher Arndts, Pand. § 206, Mommſen a. O. § 1. Allein dieſe Definition iſt unwahr: nicht das Intereſſe, als vielmehr das Reſultat der Verletzung wie der Förderung des Intereſſes d. i. der Schaden wie Nutzen ſind Vermögensdifferenz (ſ. A. 787), wogegen das Intereſſe lediglich das Betheiligtſein an den ſolches öconomiſche Ergebniß reſultirenden Vorgängen iſt. Und dies ergeben auch die Quellen zur Genüge, ſo z. B. Pap. 12 Quaest. (D. XLVII, 2, 80. § 1): ad aestimationem corporis, si nihil amplius intersit (sc. quam corpus ipsum), utilitas mea referenda est, wo interest (d. i. abest ſ. § 124 unter I) die paſſive Differenz und utilitas das Intereſſe bezeichnet, ſomit Vermögensdifferenz und Intereſſe als zwei durchaus ſelbſtſtändige Momente auftreten.

durch utilitas, wie nostra interest, wofür beispielsweise Belege bieten

Nerat 2 Membr. (D. II, 11, 14): procuratoris, quod ad ipsius utilitatem pertinet, nihil interest;

Ped. bei Paul. 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33. pr.) und Paul. 2 ad l. Iul. et Pap. (D. XXXV, 2, 63. pr.): pretia rerum non ex affectione (Ped.) oder affectu (Paul.) [Interesse im subj. Sinne] nec utilitate [Interesse im obj. Sinne] singulorum, sed communiter funguntur;

Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. pr.): arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris, quam rei. Quodsi rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio, quam intentatum est, at si actoris, maioris pecuniae fiat; 72 ad Ed. (D. XLIII, 4, 1. § 5): haec verba — continent utilitatem venditoris, ut quantum eius interest possessionem habere, tantum ei, qui prohibuit, condemnetur. [748])

Im Besonderen aber ist dieses Interesse wiederum ein fünffältiges, entsprechend hierin der Verschiedenheit der vortheilhaften Bezüglichkeitsverhältnisse der Güter zu dem Vermögen: als Erwerb, Gebrauch, Erhaltung, Verbesserung und vortheilhafte Entäußerung, so daß daher die Beeinträchtigung eines jeden dieser Verhältnisse einen pecuniären Nachtheil oder eine Beeinträchtigung des Interesse begründet.

Was sodann die Einbuße im Besonderen anbetrifft, die den Vermögensschaden resultirt, so kann dieselbe, wie obbemerkt, an allen denjenigen Gütern sich vollziehen, welche objective Stützpuncte oder Träger jenes Interesses sind, daher durch das Mittel ebensowohl des Vermögensobjectes, wie aber auch eines andersartigen Gutes, so z. B. des guten Namens oder der guten Meinung der Mitbürger von der Solvenz des Betreffenden, in-

748) Besonders significant sind Wortverbindungen wie utilitas venit in aestimationem oder in iudicium, so z. B. bei Nerat. in Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 9. § 8), Paul. 22. 33 ad Ed. (D. IX, 2, 22. pr. XIX, 1, 21. § 3), und utilitas actoris oder rei oder dergl., so z. B. bei Nerat. cit., Cels. in Ulp. 77 ad Ed. (D. XLV, 1, 81. § 1), Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8), Paul. 26 ad Ed. (D. X, 4, 10). Wegen temporis utilitas s. A. 751.

ſofern Ehrenhaftigkeit und Redlichkeit, wie Solvenz die Grundlagen des Credits ſind; dann ferner der Freiheit, wie der Integrität von Körper und Geiſt, inſofern jene die Möglichkeit, dieſe aber die maaßgebenden Factoren des Erwerbes ergiebt; nicht minder aber auch des politiſchen Rechtes, inſofern mit dieſem pecuniäre Beneficien verbunden ſind.[749]) Die Einbuße an ſolchen Gütern aber, welche Träger des Vermögensintereſſes ſind, geſtaltet ſich im Beſonderen zur Minderung des pecuniären Gehaltes ſolchen Gutes oder der demſelben innewohnenden Potenz zur Erfüllung pecuniärer Functionen (potestas: A. 752), wobei ſolche Minderung ebenſo als Verluſt, wie als Wegfall eines Gewinnes ſich vollziehen und ebenſo durch juriſtiſche, wie durch phyſiſche oder auch beziehentlich durch pſychiſche Einwirkung herbeigeführt werden kann. Und ſodann kann wiederum ſolche Minderung der pecuniären Potenz des Gutes nach acht verſchiedenen Kategorien, denen das letztere unterfällt, ſich vollziehen: der Exiſtenz nämlich, der Form, Qualität, wie pecuniären Bezüglichkeit, der Quantität oder Zahl, der Zeit und des Raumes, wie endlich der omnis causa.

Und zwar zunächſt die Minderung der pecuniären Potenz

749) So bezüglich der Integritat des Körpers Gai. 6 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7): quum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes — operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est; und bezüglich politiſcher Rechte Scaev. 17 Dig. (D. XXXII, 1, 35. pr.): patronus liberto statim tribum emi petierat; libertus diu moram ab herede patroni passus est et decedens heredem reliquit clarissimum virum; quaesitum est an tribus aestimatio heredi eius debeatur? Respondit: deberi. Idem quaesiit an et commoda et principales liberalitates, quas libertus ex eadem tribu usque in diem mortis suae consecuturus fuisset, si ei ea tribus secundum voluntatem patroni sui tunc comparata esset, an vero usurae aestimationis heredi eius debeantur? Respondi: quidquid ipse consecuturus esset, id ad heredem suum trasmittere, wo die Tribus-Angehörigkeit, als Bedingung der Theilnahme an den Frumentationen und Congiarien in Frage ſteht; vgl. Mommſen, röm. Trib. 194 fg. — In allen den obigen Fällen iſt jedoch der Vermögensſchaden nur ein indirecter; und zwar bei Scaev. insbeſondere wird geſchieden zwiſchen dem bereits erlittenen Schaden; den commoda et liberalitates, quas consecuturus fuisset und den künftigen Folgewirkungen des Schadens: der aestimatio tribus d. i. den commoda et liberalitates, quas consecuturus erit.

des Objectes für den Geschädigten nach der Kategorie der Existenz gestaltet sich ebenso zum physischen Untergange einer res oder zum Unmöglichwerden einer Leistung, wie zum Verluste des commercium, welchen die res erleidet, so z. B. durch Manumission, oder auch zum Uebergange der zubehörigen res in die dingliche Rechtszuständigkeit eines Anderen, so z. B. bei Verlust in Folge von Usucapion oder Specification oder Eviction, wie endlich auch zur Vorenthaltung eines Objectes, bezüglich dessen dem Betreffenden ein dinglicher oder persönlicher Rechtsanspruch oder auch die Aussicht auf Erwerb zustand.

Sodann nach der Kategorie der Form wird die pecuniäre Potenz des Objectes gemindert z. B. durch dessen partielle äußere Beschädigung.

Die Qualität ferner des Objectes wird gemindert durch die pecuniär nachtheilige Veränderung seiner natürlichen Eigenschaften, wie z. B. das Verderbniß von Consumtibilien, die Beeinträchtigung der Nutzfähigkeit von Nicht-Consumtibilien, die moralische Corruption des Sclaven, so bei Ulp. 23 ad Ed. (D. XI, 3, 9. § 3), Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 14. § 8).

Dann wiederum eine Minderung der pecuniären Potenz des Objectes nach der Kategorie seiner pecuniären Bezüglichkeit tritt vornämlich ein, dafern bei Vorhandensein eines aus einer Mehrheit gleichartiger Individuen sich zusammensetzenden Sachencomplexes, welcher nach dem Gesichtspuncte der pecuniären Interessen ein einiges Ganze bildet (sogen. universitas facti), ein zu solchem Complexe behöriges Individuum lädirt und nun durch und in demselben insofern zugleich auch der pecuniäre Gehalt des gesammten Sachencomplexes im Ganzen gemindert wird, als der Totalwerth des Complexes auf Grund der Zusammenbehörigkeit der betreffenden Individuen die Gesammtsumme der Einzelwerthe dieser mehreren zubehörigen Bestandtheile übersteigt, so wenn ein Viergespann einen höheren Werth hat, als die Gesammtsumme des Einzelwerthes der vier Thiere, die Tödtung somit des einzelnen Thieres einen Verlust ergiebt, welcher den Werth des letzteren an sich übersteigt.[750]) Allein hierneben kann jene Kate-

750) Gai. III, 212: si ex gemellis vel ex comoedis vel ex symponiacis unus occisus fuerit, non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius quoque

gorie auch zur Geltung gelangen im Falle der Verminderung der Quantität, dafern die Einbuße an dem Theile des mechaniſch einheitlichen Ganzen den pecuniären Gehalt des Reſtes über die arithmetiſche Proportion des Theil-Verhältniſſes hinaus mindert, ſo z. B. bei Pap. 17 Quaest. (D. XXXI, 1, 66. § 4), wozu vgl. Mommſen, a. O. 214 bei A. 3.

Dagegen die Minderung der Quantität vollzieht ſich an dem einfachen Agglomerate gleichartiger, räumlich oder körperlich vereinigter Sachen, ſo namentlich von Fungibilien, wie aber auch an Nicht-Fungibilien, die aus einer Mehrheit gleichartiger, körperlich vereinigter Theile ſich zuſammenſetzen, wie z. B. Bodenflächen, ſo bei Pomp. in Ulp. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 5. § 1).

Nicht minder nach der Kategorie der Zeit vollzieht ſich die Minderung der pecuniären Potenz des Objectes vornämlich in Folge der Preis- oder Cours-Schwankung: temporis utilitas.[751])

Sodann wiederum der Kategorie des Ortes unterfallen vornämlich die locale Preis- oder Cours-Differenz, ſowie die Transportſpeſen.[752])

---

computatur quod ceteri, qui supersunt, depretiati sunt. Idem iuris est etiam, si ex pari mularum unam vel etiam ex quadriga equorum unum occiderit; Paul. 22 ad Ed. (D. IX, 2, 22. § 1): causae corpori cohaerentes aestimantur, si qui ex comoedis aut symphoniacis aut gemellis aut quadriga aut ex pari mularum unum vel unam occiderit; non solum enim petenti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt, wo causa corpori cohaerens Umſchreibung des Begriffes Bezüglichkeit iſt; J. Just. IV, 3, 10. Wegen der Conſequenzen vgl. Pap. 16 Quaest. (D. XXXI, 1, 65. § 1), Ulp. 17 ad Sab. (D. VII, 4, 10. § 8) und A. 779.

751) Ulp. 27 ad Ed. (D. XIX, 4, 4. pr.); und ſo nun Ulp. 6 ad Ed. (D. L, 16, 12. § 1): minus solvit, qui tardius solvit: nam et tempore minus solvitur; und im Beſonderen z. B. Paul. 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 3): si vinum hodie pluris sit (sc. quam quo tempore emtum sit); Diocl. et Max. im C. Just. IV, 49, 12: commodum aucti pretii; und daſ. c. 10: quum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex emto actione eum quanti interest tua, tunc tibi praestitam fuisse, apud praesidem provinciae convenire potes.

752) Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 4, 3): scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque, maxime vini, olei, frumenti, pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius et levibus usuris inveniuntur, aliis diffici-

Endlich in der omnis causa vollzieht sich die Minderung der pecuniären Potenz des Objectes nach der specifisch juristischen Kategorie rein juristischer Bezüglichkeit. Denn die omnis causa verhält sich zur res principalis weder als integrirender Theil eines mechanisch einheitlichen Ganzen, wie z. B. der Arm zu dem Körper, das Rad zu dem Wagen, der Kolben zu der Dampfmaschine; noch als zubehöriger Bestandtheil eines pecuniär einheitlichen Complexes verschiedener gleichartiger Individuen, wie z. B. das Pferd aus einem Viergespann zu dem Letzteren, das einzelne Buch zu der Bibliothek, der es angehört; noch endlich auch als dienendes Zubehör eines nach wirthschaftlichem Gesichtspunkte als die Hauptsache geltenden Vermögensstückes, wie z. B. das instrumentum rusticum zu dem praedium rusticum, die supellex zu dem Wohnhause; daher denn in jener omnis causa weder nach mechanischem, noch pecuniärem, noch nach wirthschaftlichem Gesichtspunkte ein Bezüglichkeits-Verhältniß gegeben ist; als vielmehr es beschieht durch das Mittel der Rechtssätze allein, daß die omnis causa zum äußeren Anhange oder zur accessio des als res principalis hingestellten Vermögensobjectes erklärt und behandelt und so nun ein specifisch juristisches Bezüglichkeits-Verhältniß geschaffen wird, welches am ähnlichsten ist dem Verhältnisse des Theiles zu dem mechanischen Ganzen, obwohl mit dem Unterschiede, daß die omnis causa aus dem juristisch einheitlichen Ganzen, dem sie zubehört, ohne eine Verletzung desselben abtrennbar ist. Demnach ist die omnis causa juristischer, abtrennbarer Theil eines Vermögensobjectes, der selbst nun zu dem Letzteren sich verhält bald als vortheilhafter Anhang, wie z. B. die Frucht zur fruchttragenden Sache, der Zins zum Capitale, der partus ancillae zur Sclavin, die dem Sclaven deferirte Erbschaft zu dem Delaten, die Prädialservitut zu dem praedium dominans, bald aber auch als nachtheiliger Anhang,

---

lius et gravibus usuris; Paul. 2 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXV, 2, 63. § 2): nonnullam — pretio varietatem loca temporaque afferunt, nec enim tantidem Romae et in Hispania oleum aestimabitur nec continuis sterilitatibus tantidem, quanti secundis fructibus, dum hic quoque non ex momentis temporum nec ex ea, quae raro accidat, caritate pretia continuantur; J. Just. IV, 6, 33. Weiteres s. z. B bei Afric. 3 Quaest. (D. XIII, 4, 8), Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8).

wie z. B. die Verhaftung mit actio noxalis oder quod metus causa zu dem verhafteten Vermögensobjecte, die Prädialservitut zu dem praedium serviens, die Grundsteuer zu dem pflichtigen Grundstücke.[758]) Und so daher characterisirt sich die Einbuße an der omnis causa zu einer Einbuße an der res principalis nach der Kategorie specifisch juristischer Bezüglichkeit, während wiederum die Einbuße an der res principalis und an der omnis causa nicht Einbuße an zwei, sondern lediglich an Einem Vermögensobjecte ist.

Solche Minderung der pecuniären Potenz eines Gutes, welches Träger des beim Vermögensschaden beeinträchtigten Interesses ist, kann dabei selbst wiederum in zwiefältiger Modalität sich vollziehen: theils direct, indem jene Minderung ohne Dazwischentreten eines anderen Gutes sofort das maaßgebend in das Auge gefaßte Object betrifft, theils indirect, indem jene Minderung auf das maaßgebende Object nur durch das Mittel eines anderen Gutes übergeleitet wird, auf welches jenes erstere Object selbst einen Einfluß von pecuniärer Bedeutung ausübt. Und zwar waltet dieses letztere Verhältniß in sehr mannichfachen Beziehungen ob; denn so, indem das Vermögen in seiner Gesammtheit einen Apparat bildet, der zusammengesetzt ist aus zahlreichen verschiedenen Bestandtheilen, die gemeinsam zum Dienste und zur Befriedigung der Bedürfnisse ihres Inhabers berufen sind; indem daher der einzelne Theil solcher Gesammtheit den ihm zufallenden Antheil an den gesammtheitlichen Functionen des Vermögens berufsmäßig oder etwa auch nur jeweilig und in Folge zufälliger Umstände weder durch sich allein und isolirt, noch durch unmittelbaren Dienst für das Bedürfniß des Inhabers erfüllt, als vielmehr sei es gemeinsam und im

758) Vgl. darüber Voigt, Cond. ob causam 44 fg. Auch die Verhaftung der res mit Pfandrecht gehört zur omnis causa: Ulp. 38 ad Ed. (D. XLVII, 4. 1. § 10). Von besonderer Wichtigkeit sind namentlich die fructus wegen des so weiten Umfanges des Begriffes: denn es fallen darunter auch die operae servorum und alle Pacht- und Miethgelder, daher auch das After-Miethgeld bei Alfen. 3 Dig. (D. XIX, 2, 30. pr.), Paul. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 7), wie auch beziehentlich die usurae sortis; vgl. Schilling, Inst. § 66. Wegen der fructus servitutis vgl. namentlich Gai. 6 ad l. XII, tab. (D. XXII, 1, 19), Ulp. 17 ad Ed. (D. VIII, 5, 4. § 3) und Lab., wie Pomp. das. vgl. A. 1743. Wegen der Consequenzen vgl. A. 778.

Zusammenwirken mit anderen Bestandtheilen, wie z. B. der Ackerpflug und das im Zweigespann verwendete Pferd, sei es mittelbar und in der Weise, daß das betreffende Object unmittelbar nur im Dienste anderer Vermögensbestandtheile steht, deren Dienstttüchtigkeit oder Erhaltung, oder auch deren Erwerbung oder Gebrauch oder Verbesserung vermittelnd, wie z. B. das Futter, das Geld, der zum Erben eingesetzte Gewaltuntergebene; so kann nun die Einbuße, indem sie solche zum Zusammenwirken mit anderen Vermögensbestandtheilen oder zu deren Dienst berufene Vermögensstücke betrifft, über die öconomische Sphäre solchen unmittelbar lädirten Objectes hinausgreifen und jene anderen, selbst auf die Mitwirkung oder den Dienst des lädirten Objectes angewiesenen Bestandtheile in Mitleidenheit der Schädigung ziehen und so nun auf einen bald geringeren, bald größeren Theil des Gesammtvermögens seine Rückwirkung erstrecken. Sodann kann aber auch zwischen einem Vermögensobjecte und einem Gute anderer Beschaffenheit eine pecuniäre Bezüglichkeit obwalten, insofern Beide zu einander sich verhalten wie das Mittel zu einem durch die Vermögens-Interessen gebotenen Zwecke, sei es nun daß das Vermögensobject dem anderen Gute als Mittel dient, wie z. B. das Nahrungsmittel oder das Geld oder die Arznei als Mittel zur Erhaltung der Gesundheit oder des Lebens, sei es daß das andere Gut dem Vermögensobjecte als Mittel dient, wie z. B. der gesunde Körper als Mittel zum Erwerbe des Geldes (A. 749). Und endlich kann auch wiederum das beseelte Vermögensobject, wie der Sclave und das Thier, einen durch eigene Willensentschließung bestimmten Einfluß auf ein anderes Vermögensobject ausüben.

Indem somit in Folge dieser Verhältnisse die Möglichkeit einer Schädigung durch mittelbare oder secundäre Einbuße gegeben ist, so bezeichnen wir nun dieselbe als indirecten Schaden, im Gegensatze zu dem directen Schaden, der in unmittelbarer Einbuße besteht, wobei im Uebrigen der Erstere, entsprechend wie der Letztere, ebenso zum indirecten Verluste, wie zum indirect entzogenen Erwerbe sich gestalten kann. In den Quellen selbst aber finden sich als Bezeichnungen für den indirecten Schaden bei Jul. in Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 31. pr.): damna, quae quis propter rem sentit, und in Marc. 4

Reg. (D. XVIII, 1, 45): damnum, quod ex aliquo contingit;

Pap. 9 Resp. (D. XXXI, 1, 78. § 2): damnum, quod ex ea re fuerit secutum;

Carac. im C. Just. IV, 58, 1: damnum, quod per aliquam rem accidit;

und für den indirecten Verluſt insbeſondere bei

Jul. 15 Dig. in Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. pr.): detrimenta, quae ex negotio quis trahit.

Somit aber fällt das Moment der Duplicität, welches das weſentliche Merkmal des indirecten Schadens ergiebt, nicht in die Sphäre des ſchädigenden Vorganges, ſo daß der indirecte Schaden das Reſultat eines ſchädigenden Vorganges wäre, welcher ſelbſt erſt die Wirkung eines vorausgehenden anderen Vorganges iſt,[754]) als vielmehr in die Sphäre des geſchädigten Objectes, ſo daß der indirecte Schaden die Einbuße an dem einen ſelbſtſtändigen Vermögensobjecte iſt, welche vermittelt wird durch die Einbuße an einem anderen Gute. Im Beſonderen aber jener Moment, daß dem lädirten Objecte eine Selbſtſtändigkeit des Daſeins zukommen müſſe,[755]) ſchließt vom indirecten Schaden

754) So Keller Pand. § 255 unter 2 und die bei Mommſen, Beiträge II, 272 A. 10 Citirten. Somit alſo iſt es bezüglich des indirecten und directen Schadens ganz irrelevant, ob Jemand durch eine Bewegung der Hand eine Sache zertrümmert oder aber den Hahn einer Flinte in Bewegung ſetzt, in Folge von deren Entladung die Kugel die Sache zertrümmert, oder auch, ob Jemand durch eine Handbewegung eine Flaſche und ein Glas zertrümmert oder eine Flaſche zertrümmert, die im Fallen dann ein Glas zertrümmert. — Das dogmengeſchichtliche Material bieten Mommſen, Beitr. II, 265 fg. Cohnfeldt, Intereſſe 10 fg. — Im Uebrigen vgl. § 70.

755) Daher ſind wegen Identität des Objectes vom indirecten Schaden ausgeſchloſſene Fälle, wie Einbuße an dem Pachtgute in Folge der mora solvendi des Verpächters: Paul. 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 24. § 4); Verluſt des servus optandus in Folge der bis nach Ablauf der Optionsfriſt verzögerten Exhibition deſſelben: Paul. 26 ad Ed. (D. X, 4, 10) u. dergl. Wegen mangelnder Selbſtſtändigkeit des Objectes aber iſt vom indirecten Schaden ausgeſchloſſen der Fall des Verluſtes eines Vermögensobjectes in Folge der Entwendung oder Vernichtung oder Vorenthaltung der zum bezüglichen Prozeſſe erforderlichen Beweisdocumente: Gai. 1 ad Ed. prov. (D. II, 13, 10. § 3), Ulp. 41 ad Sab. (D. XLVII, 2, 27), Paul. 3 ad Ed. (D. IX, 2, 40), 9 ad Sab. (D. XLVII, 2, 32), 2 Sent. (D. XLVII, 2, 82), Sent. rec. II,

aus und ordnet dem directen Schaden unter[756]) namentlich die Einbuße ebenso an dem integrirenden Theile des mechanisch einheitlichen Ganzen, wie an dem zubehörigen Bestandtheile des pecuniär einheitlichen Complexes verschiedener gleichartiger Individuen (A. 750), wie endlich auch an der omnis causa der res principalis.[757]) Wohl aber bieten sich in den Quellen als Beispiele des indirecten Schadens und zwar

A. des indirecten Verlustes:

1. Verfall der vereinbarten Conventionalstrafe, vermittelt durch die Entwendung oder Vernichtung oder mora solvendi der

31, 32: denn das Beweisdocument ist nicht selbständiges Vermögensobject, sondern lediglich Repräsentant eines solchen: s. Voigt, Cond. ob causam: A. 299; ingleichen auch der Fall des Verlustes einer res durch Usucapion oder des Klagobjectes durch Erlöschen des Prozesses wegen Zeitablauf, beidemal in Folge der erlittenen Verhinderung am Erscheinen im Prozeßtermine: Jul. 2 Dig. (D. II, 10, 3. pr.), wozu vgl. Trebat. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 4): denn die Verhinderung an solcher Präsenz ist nicht an sich selbst schon Verlust eines Gutes.

756) Alle diese Momente sind practisch von großer Bedeutung, insofern beim quanti res est nicht der indirecte, wohl aber der directe Schaden in Ansatz kommt: A. 778.

757) Daher begründet keinen indirecten, sondern directen Schaden der Verlust der Erbschaft durch Verlust des zum Erben eingesetzten Sclaven: Nerat. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 23. pr.), Jul. 15. 86 Dig. (D. XXI, 2, 8. IX, 2, 51. § 2), Gai. III, 212. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 1, 20), Ulp. 24. 37 ad Ed. (D. X, 4, 11. pr. XLVII, 2, 52. § 28), Paul. 9 ad Sab. (D. XIII, 1, 3); Verlust der operae des in potestate Befindlichen durch dessen Körperverletzung: Gai. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 1, 3), Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 5. § 3. fr. 7. pr.); Verlust des partus ancillae durch Verlust der ancilla: Jul. 15 Dig. (D. XXI, 2, 8), Gai. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 1, 20); Verlust der Früchte durch Verlust des fruchttragenden Bodens: Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 1. § 4[0]); Einbuße des After-Miethgeldes durch Einbuße der res conducta oder Verlust der commoda servitutis: A. 753; Verhaftung mit noxae datio in Folge der Verleitung des Sclaven zum Delict: Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 14. § 6. 7). Auf die functionäre oder öconomische Stellung der omnis causa als selbstständiges Vermögensobject kommt daher gar Nichts an: die Rechtsordnung allein ist hier maaßgebend und diese entkleidet das Object seiner Selbstständigkeit, so daß der Verlust an der omnis causa, auch wenn er in Wirklichkeit indirecter Verlust ist, doch nach Maaßgabe der Rechtssatzungen nur als Verlust an der res principalis juristisch gilt.

bei ſolcher Strafe geſchuldeten res: Cels. 12 Dig. (D. XLVII, 2, 67. § 1), Ulp. 27. 30 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8. XII, 3, 3), Paul. 22 ad Ed. (D. IX, 2, 22. pr.);

2. distractio pignoris vermittelt durch die mora solvendi der ſelbſt geſchuldeten res: Ulp. 27. 30 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8. XII, 3, 3);

3. Hungertod des Sclaven vermittelt durch die mora solvendi des erkauften Getraides: Paul. 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 3);

4. Einſturz des Hauſes oder Fallen des Viehes vermittelt durch die Verſchweigung der fehlerhaften Beſchaffenheit des erkauften, eingebauten Balkens oder des erkauften, dazugeſtellten Viehes Seitens des Verkäufers: Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. pr.);

5. Verhaftung mit actio conducti in Folge der Corruption des locirten Sclaven: Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 14. § 7);

6. Flucht des Sclaven vermittelt durch die Verſchweigung der Eigenſchaft eines anderen erkauften, den Erſteren zur Flucht verleitenden Sclaven als fugitivus, oder Verluſt einer Sache vermittelt durch die Verſchweigung vom Hange des erkauften ſur zum Diebſtahle oder durch Verſchweigung des nachläſſigen Weſens des vermietheten Sclaven; nicht minder Verluſt der Flüſſigkeit durch Auslaufen vermittelt durch die verſchwiegenen Defecte des verkauften Gefäßes: Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 2); Sab. 5 Post. (D. XIX, 2, 60. § 7); Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 4);

7. Geldverluſt durch Aufwand von Impenſen vermittelt durch den Verluſt der Sache, in welche die Impenſen verwendet worden ſind: Jul. 8 Dig. bei Ulp. 17 ad Ed. (D. VI, 1, 37); Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 38);

8. Geldverluſt durch Aufwand von Impenſen für Erhaltung eines Gutes, welches von der ſchädigenden Handlung betroffen ward, ſo Curkoſten für Wiederherſtellung bei erlittener Körperverletzung: Gai. 6. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7. IX, 1, 3), Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 7. pr.); Aufwand für Ankauf von Grund und Boden oder Verwendung von eigenem Grund und Boden an Stelle der vorenthaltenen Begräbnißſtätte: Gai. 19 ad Ed. prov. (D. XI, 7, 9); Aufwand von Miethgeld für dolia als Erſatz

derer, die durch mora accipiendi dem Gebrauche entzogen sind: Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3).

B. Dagegen als Beispiele des indirect entzogenen Erwerbes treten in den Quellen hervor:

1. Einbuße des aus dem Verkaufe von Waaren zu erzielenden Handelsgewinnes, vermittelt durch eine mora solvendi bezüglich dieser Waare oder bezüglich des zu deren Einkauf zu verwendenden Geldes: Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8), Paul. 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 3), Hermog. 2 Jur. Epit. (D. XVIII, 6, 19); oder Einbuße von Miethgeld, das aus der Vermiethung derjenigen dolia zu erzielen war, welche durch mora accipiendi dem Gebrauche entzogen sind: Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3);

2. Einbuße des wegen erlittenen Betruges zu beanspruchenden Schadenersatzes, vermittelt durch die Tödtung vom Angeber der Theilnehmer am Betruge: Lab. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX. 2, 23. § 4); vgl. Paul. 17 ad Ed. (D. XLIII, 16, 6);

3. Einbuße der unter einer Bedingung hinterlassenen Erbschaft, vermittelt durch die Tödtung des Sclaven, dessen Manumission die Bedingung der Erbeinsetzung bildet: Jul. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 23. § 2);

4. Einbuße des Erwerbes eines Gewaltfreien durch operae, vermittelt durch erlittene Körperverletzung: Gai. 6 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7), 7 ad Ed. prov. (D. IX, 1, 3);

5. Einbuße des Kopfantheiles an den Frumentationen und Congiarien, vermittelt durch die Nichterlangung der Tribusangehörigkeit: A. 749.

Immerhin aber greift in die obigen Verhältnisse die aus historischen, nicht aber aus theoretischen Voraussetzungen sich erklärende Ordnung des römischen Rechtes bezüglich der in Rechtsverhältnissen der aequitas aufgewendeten impensae necessariae modificirend ein (§ 123).

§ 70.

Die schädigenden Vorgänge.

Die nachtheilige Einbuße, in welcher das Wesen des Schadens besteht, wird herbeigeführt durch einen Vorgang: eine Veränderung in einem gegebenen Thatbestande, welche, indem sie

jene Einbuße reſultirt, damit zum ſchädigenden Vorgange ſich qualificirt. Demnach waltet zwiſchen dem ſchädigenden Vorgange und dem Schaden das Cauſalitätsverhältniß von Veranlaſſung und Erfolg ob. Der Schaden daher, welcher unabhängig von einem maaßgebend in das Auge gefaßten Vorgange eintritt, vielmehr aus einem zweiten, nicht in Betracht kommenden Vorgange reſultirt, bleibt auf Grund des Fehlens jener Cauſalität außer Anſatz. Ein anſchauliches Beiſpiel dieſes Folgeſatzes bietet

Ulp. 23 ad Ed. (D. XI, 3, 11 § 1): servo persuasi, ut chirographa debitorum corrumpat, videlicet tenebor. Sed si consuetudine peccandi postea et rationes ceteraque similia instrumenta subtraxerit vel interleverit, deleverit, dicendum erit corruptorem horum nomine non teneri.

Die Veränderung an ſich aber, in welcher der ſchädigende Vorgang beſteht, iſt entweder eine juriſtiſche, wie bei der alienatio iudicii mutandi causa facta, oder eine pſychiſche, wie bei der corruptio servi, oder endlich eine phyſiſche, wie bei damnum iniuria datum, ſei letztere eine mechaniſche oder chemiſche oder phyſicaliſche. Solche Verſchiedenheit des Geſetzes, nach welchem jene Veränderung ſich vollzieht, als Rechts- oder als Naturgeſetz, iſt jedoch ohne ſpecifiſch juriſtiſchen Werth. Wohl aber kommt ſolche Bedeutung dem anderen Momente zu, ob ſolche Wirkſamkeit des Rechts- oder Naturgeſetzes eintrat als ein Ereigniß, welches der menſchlichen Berechnung ſich entzog oder aber der Letzteren zugängig war.

Und zwar charakteriſirt ſich im erſteren Falle die Veranlaſſung des Schadens als Zufall und der Schaden ſelbſt als damnum fatale nach Gai. 2 Aur. (D. XVIII, 6, 2. § 1), Pomp. bei Ulp. 14 ad Ed. (D. IV, 9, 3 § 1), Ulp. 28, 31 ad Ed. (D. XIII, 6, 5 § 4. XVII, 2, 52 § 3), oder accidens fato nach Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 11 § 4), oder zum damnum, quod casu fortuito oder casu accidit, contingit nach Lab. bei Ulp. 81 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 24 § 3), Scaev. 4 Resp. (D XL, 5, 41 § 7), quod imprudentibus accidit: Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII 2, 52 § 3). Im Beſonderen aber geſtaltet ſich wiederum ſolcher Zufall bald zum reinen Naturereigniß, ſei es nun, daß der betreffende Vorgang das Ergebniß des rein ſpontanen Wirkens der Naturkräfte iſt, ſei

es, daß der Anstoß zu dem unberechenbaren Wirken dieser Kräfte von irgend welchem Menschen ausging, bald aber zur zurechenbaren Handlung eines dritten, bei dem Schaden-Nexus selbst ganz Unbetheiligten.[757a]) Und sodann unterscheiden die Quellen auch noch zwischen dem zufälligen Schaden, der ex ipsa re oritur als demjenigen, welcher das Ergebniß des spontanen Wirkens der in dem Körper selbst belegenen Naturkräfte ist, und dem Schaden, der extrinsecus contingit oder der herbeigeführt ist durch vis, cui resisti non potest oder durch vis maior, als dem Schaden, der durch das zufällige Wirken von Kräften herbeigeführt ist, die außerhalb des maßgebenden Objektes selbst belegen sind.[757b])

Andererseits dagegen zu dem der menschlichen Berechnung unterliegenden Vorgange tritt Derjenige, welcher denselben veranlaßte, in das Verhältniß der Urheberschaft und diese letztere specialisirt sich nun gegenüber dem schädigenden Vorgange im Besonderen, als einem Gemißbilligten, zur Verschuldung oder culpa.[757c]) Solche culpa aber kann Jeden der beiden möglichen Interessenten des Schaden-Nexus treffen, somit ebenso den Geschädigten selbst, wie den Schädiger, wo nun ersteren Falles der Schaden bezeichnet wird als damnum, quod quis ex culpa sua sentit von Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. L, 17, 20, 3),[757d]) letzteren Falles aber als damnum culpa datum.[757e]) Und im Besonderen

---

757a) Beispiele sind in der ersten Beziehung: chasma, terrae motus, naufragium, mors servorum; in der zweiten Beziehung: incendium, wie Wurf der pila (Spiel-Balles); in der dritten Beziehung: vis piratarum, latronum hostiumve incursus: Alfen. 2 Dig. (D. IX, 2, 52. § 4), Lab. bei Ulp. 14 ad Ed. (D. IV, 9, 3. § 1), Sab. bei Jav. 5 ex Lab. Post. (D. XIX, 2, 59), Mucc. 8 Fideic. (D. XXXV, 2, 30. pr.), Gai. 11 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 8. pr.), Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 11. § 5). Im Allgemeinen vgl. Voigt, Bedeutungswechsel gewisser techn. lat. Ausdrücke 20 fg.

757b) Serv. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 15. § 2), Ulp. 81 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 24. § 3); vgl. Schilling, Inst. § 240. n. 306. k. 234. c. d. Die älteste Jurisprudenz, deren Terminologie die Rhetorik aufbewahrt hat, verwendete hierfür die Bezeichnung necessitas oder necessitudo; s. Voigt, Bedeutungswechsel 23 fg.

757c) Vgl. Voigt, a. O. 4 fg.

757d) Vgl. Jul. bei Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 23. § 5). Beispiele s. bei Mommsen, a. O. 158 fg. Pomp. 11 ad Sab. (D. XXI, 2, 29. § 1).

757e) Vgl. die Citate bei Voigt, a. O. 13, sowie Paul. 2 ad Plaut.

im letzteren Falle specialisirt sich die Verschuldung wiederum theils zur Fahrlässigkeit: culpa, theils zum rechtswidrigen Vorsatze: dolus malus.

Dafern nun der schädigende Vorgang das Ergebniß einer Verschuldung eines der beiden Interessenten ist, kann jener Vorgang ebenso die unmittelbare, wie die mittelbare Folge dieses Verhaltens sein: denn es kann dieses Verhalten ebensowohl ganz unmittelbar die maaßgebende Veränderung in dem gegebenen Zustande der Dinge herbeiführen, als auch durch die Veränderung, welche jenes Verhalten unmittelbar in dem gegebenen Zustande der Dinge herbeiführt, in weiterer Folgewirkung die maaßgebende Veränderung resultiren. Indem nun für die Beschaffenheit des schädigenden Vorganges je als eines zufälligen oder als eines verschuldeten Ereignisses allein maaßgebend ist die Stellung jenes Vorganges selbst als einer für den Menschen berechenbaren oder unberechenbaren Folge des betreffenden Verhaltens, so greift nun dieses Gesetz insbesondere auch hinsichtlich der mittelbaren Folge des betreffenden Verhaltens Platz: unterliegt dieselbe der menschlichen Berechnung, so ist der dadurch herbeigeführte Schaden ein verschuldeter:

Ulp. 8 ad l. Jul. et Pap. (D. XLVIII, 8, 15): nihil interest, occidat quis an causam mortis praebeat;

Paul. 22 ad Ed. (D. IX, 2, 30 § 3): si quis in stipulam suam vel spinam comburendae eius causa ignem immiserit et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num imperitia eius aut negligentia id accidit: nam si die ventoso id fecit, culpae reus est. Nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur. — At si subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.

Der Eintritt des schädigenden Vorganges fixirt nun den Schaden zeitlich, insofern der Moment jenes Eintrittes zugleich den Zeitpunkt ergiebt, wo die nachtheilige Einbuße erlitten wird, die den Schaden resultirt. Daher ist der wirkliche Schaden stets

(D. L, 17, 169. pr.): is damnum dat, qui iubet dare; eius vero nulla culpa est, cui parere necesse sit; vgl. 39 ad Ed. (D. L, 17, 50): culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest.

ein Gegenwärtiges oder Vergangenes, niemals aber ein Zukünftiges, indem vielmehr der zukünftige Schaden: das damnum infectum oder, wie Ulp. 68 ad Ed. (D. XLIII, 15, 1 § 3) sagt, das damnum futurum, nicht ein wirklicher, sondern lediglich ein gedachter Schaden ist, wenn immer auch derselbe bereits in der Gegenwart wirklicher Nachtheil sein kann:

Gai. 28 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 2): damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur; vgl. auch § 87 unter IV.

Dagegen fixirt der Eintritt des schädigenden Vorganges den Schaden nicht nothwendig auch quantitativ: denn es ist nicht nothwendig, daß der Zeitpunkt jenes Eintrittes zugleich die nachtheilige Einbuße des Betroffenen zeitlich abschließe, indem vielmehr dieselbe auch in der nachfolgenden Zeit noch eine Steigerung oder Ausdehnung gewinnen kann. Dies aber ist der Fall in doppelter Beziehung und zwar ebensowohl dann, wenn die Einbuße an dem betreffenden Gute irreparabel ist: und einen solchen Schaden nennen wir einen bleibenden, so z. B. den Verlust eines Armes; wie aber auch dannn, wenn der mit der Einbuße verknüpfte Nachtheil durch das Mittel des gegenwärtigen auch das zukünftige Interesse mit trifft: und diesen Schaden nennen wir zukünftigen Schaden in solchem Sinne oder, wie Paul. 6 ad Sab. (D XVII, 2, 38 pr.) sagt, damnum futurum, so z. B. dafern der Verlust des zum Berufs-Erwerbe unentbehrlichen Armes die künftige Erwerbs-Fähigkeit, oder dafern die nachtheilige Contrahirung einer Schuldverbindlichkeit die zur Zeit der künftigen Solution bestehenden Vermögensverhältnisse beeinträchtigt:

Gai. 3 ad Ed. (D. III, 5, 2): iustum est, si utiliter gessit (sc. negotia absentis), praestari ei, quidquid eo nomine vel abest ei vel abfuturum est (sc. alicui in re absentis se obligando); 6 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7): iudex computat mercedes — operarum, quibus caruit aut carituras est ob id, quod inutilis factus est; 7 ad Ed. prov. (D. IX, 1, 3): aestimatio — operarum amissarum quasque amissurus quis esset inutilis factus.

§ 71.

Der Maaßstab der Bemessung des Vermögensschadens.

Indem nach § 69 das Wesen des Vermögensschadens darin besteht, das Product zu sein eines Zusammentreffens von Nachtheil und von Einbuße an den das Vermögensinteresse tragenden Gütern, so ist nun für die Bemessung jenes Nachtheiles d. h. für die Bestimmung seines quantitativen Gehaltes ein zwiefältiger Maaßstab gegeben, entsprechend der Zwiefältigkeit der Function oder Stellung des Gutes selbst, welches Träger des Vermögensinteresses seines Inhabers ist. Denn während die Qualification an sich eines Gutes, Vermögenswerth zu sein, schlechthin auf dessen Fähigkeit beruht, den realen Interessen seines Inhabers zu dienen, so ist die Beschaffenheit solcher Dienlichkeit selbst wiederum eine verschiedene: es dient das Gut jenen Interessen ebensowohl von Seiten seiner Nutzfähigkeit für die Bedürfnisse seines Inhabers, als auch von Seiten seiner Tauschfähigkeit im weitesten Sinne des Wortes. Und solcher zwiefachen Function des Gutes entspricht wiederum eine zwiefältige Stellung desselben je als Bestandtheil des Güterquantum, welches Vermögen eines Individuum, oder aber welches Verkehrsobject in dem Tauschverkehre der bürgerlichen Gesellschaft ist. Ja indem das Gut den Interessen seines Inhabers dort als Individuum, hier als eines Mitgliedes der bürgerlichen Gesellschaft dient, so geht die hier in Betracht gezogene Verschiedenheit in letzter Instanz zurück auf die zwiefältige Stellung des Besitzers je als Individuum und als Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft.

Zunächst nun insoweit das Gut der Person als Individuum dient, dient es den Interessen seines Inhabers nach der Kategorie seiner Nutzfähigkeit. Denn wie dem Vermögen im Allgemeinen, so fällt auch dem einzelnen Objecte, welches als Bestandtheil von jenem Theil nimmt an dessen allgemeinen Aufgaben und Functionen, der Beruf zu, die Bedürfnisse seines Inhabers zu befriedigen d. h. demselben nutzbar zu sein. Daher ergiebt hier die Nutzfähigkeit des Gutes für dessen Inhaber den realen Gehalt seines Besitzes. Und diese Nutzfähigkeit selbst wiederum als Summe gedacht, ist der Werth.

Somit ist der Werth die Summe der Nutzfähigkeit eines Gutes

für seinen Inhaber oder, was dasselbe besagt, die Summe seine Dienstfähigkeit für dessen Bedürfnisse, daher denn ein Werth ebenso der Wissenschaft, wie Kunst, dem guten Gewissen, w guten Namen, der Gesundheit, wie dem Vermögensobjecte zu kömmt. Der Maaßstab für die Bemessung vom Werthe eine Gutes oder von dessen Schätzung nach seinem Werthe ist som gegeben in dem Bedürfnisse des betreffenden Individuum. Un da wiederum das Resultat solchen Bedürfnisses das Interesse de Betreffenden an dem Gute ist,[758]) das selbst sich bestimmt na der Fähigkeit dieses Gutes, jenes Bedürfniß zu befriedigen, so es gleichwerthig zu sagen: der Maaßstab der Bemessung vo Werthe des Gutes ist gegeben in dem Bedürfnisse des Individuu oder: ist gegeben in dem Interesse des Individuum an solche Gute: in der utilitas oder dem nostra interest.[759]) Demzufol aber ist der Werth eine an sich völlig subjective Größe: de Interesse allein des Individuum an einem Gute bestimmt de Werth des Letzteren,[760]) wobei wiederum jenes Interesse selb bestimmt wird durch die Dienstfähigkeit des Gutes für die jeweilig Bedürfnisse des Individuum oder durch dessen Nutzbarkeit f den Letzteren.[761]) Nach Allen dem aber gestaltet sich hierbei d dem Schaden integrirende Einbuße zur Einbuße am Werthe ein Gutes oder an dessen Nutzfähigkeit. Und dieser Maaßstab d

758) Wie daher der Sclave nutzbar ist zum questionem haberi, rem pr bare, hereditatem adire, und solche Nutzbarkeit einem oder mehreren Bedü nissen seines Inhabers entspricht, so entsprechen wiederum jener Nutzbark ebenso vielfältige Interessen des Besitzers: Lab. bei Ulp. 18 ad Ed. (IX, 2, 23. § 4), Pomp. bei Paul. 17 ad Ed. (D. XLIII, 16, 6).

759) Während für einen Robinson jeder eiserne Nagel einen Wer hatte, so war für ihn sein Goldklumpen ebenso ohne Werth, wie für d verhungerte Hühnchen der Fabel der gefundene Diamant.

760) Bei dem Schaden als quanti interest fällt somit dem Interesse ei zwiefache Rolle zu: einerseits ist es Object der Beeinträchtigung, welche dem dem Schaden integrirenden Nachtheile sich vollzieht (§ 69), und andr seits ist es Maaßstab der Bemessung der dem Schaden integrirenden V mögenseinbuße: als Einbuße am Werthe. Nur jene erstere, nicht al diese letztere Rolle fällt dem Interesse zu bei dem Schaden als Einbuße quanti res est: hier ist nicht das Interesse, vielmehr sind Angebot u Nachfrage Maaßstab der Bemessung der dem Schaden integrirenden V mögenseinbuße: der Einbuße am Preise.

761) Nur insoweit vom Standpunkte historischer oder speculativer

Einbuße wird in den Quellen technisch bezeichnet zunächst durch quanti, quantum, quod interest,[761a]) so z. B.

Neraz 2 Membr. (D. II, 11, 14): non procuratoris, sed eius, cuius negotium gesserit, utilitatem — spectandam esse, ut quantum domini litis interfuit —, tantum — debeatur;

Pomp. bei Paul. 17 ad Ed. (D. XLIII, 16, 6): quanti interest possidere id est tanti rem videri, quanti actoris intersit; quod alias minus esse, alias plus: nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quanti is est, veluti quum quaestionis habendae aut rei probandae gratia aut hereditatis adeundae intersit eius eum possideri;

Ulp. 1 ad. Ed. (D. XXXIX, 2, 4 § 7): refertur — ad id quod interest et ad utilitatem venit; 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2 pr.): arbitraria actio utriusque utilitatem continet, tam actoris, quam rei; quodsi rei interest etc.; vgl. daſ. § 8; 72 ad Ed. (D, XLIII, 4, 2 § 5): haec verba — continent utilitatem creditoris, ut quantum eius interest —, tantum ei — condemnetur; 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1 pr.): si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur hoc est quod rem habere interest actoris;

sodann aber auch durch veritas, so z. B.:

Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 7, 5 § 1): non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata (s. R. 766); 12 ad Ed. (D. XXVII, 6, 7. § 2): quod ait praetor „Quanti ea res erit" magis puto non poenam, sed veritatem his verbis contineri;

---

rechtung eine Gesammtheit, so ein Volk oder die gesammte Menschheit als Individuum aufgefaßt und solchem die Werthschätzung eines Gutes beigemessen wird, gewinnt im Gegensatz zu dem Obigen der Werth den Schein eines objectiven Characters. Allein jene Auffassung solcher Gesammtheit als eines Individuum, welches Träger individueller Bedürfnisse ist, ist eine fictive, weil von der Reflection durch die eigene Deduction erst geschaffene: denn das Volk als solches hat kein Bedürfniß, vielmehr ist sein Bedürfniß lediglich der Inbegriff des Bedürfnisses seiner Glieder, somit einer Summe von Individuen.

761a) Ueber eine andere Bedeutung, wo quod interest als synonym mit quanto minoris est gebraucht wird, s. § 124 unter I.

eine Bezeichnungsweiſe, deren Grundlagen aus § 74 ſich ergeben werden.

Hinwiederum inſoweit das Gut der Perſon als Mitglied der bürgerlichen Geſellſchaft dient, dient es den Intereſſen ſeines Inhabers nach der Kategorie ſeiner Tauſchfähigkeit. Denn indem im Verkehre der bürgerlichen Geſellſchaft ein Güterquantum tauſchweiſe circulirt, zu deſſen Theilnahme der Beſitz von gleichartigen Gütern befähigt, ſo fällt nun dem Gute der Beruf zu, ſeinen Inhaber in die Lage zu verſetzen, ſelbſt an ſolchem Verkehre ſich mit zu betheiligen. Daher ergiebt hier die Tauſchfähigkeit des Gutes für ſeinen Inhaber den realen Gehalt ſeines Beſitzes. Dieſe Tauſchfähigkeit ſelbſt, als Summe gedacht, iſt der Preis: rei pretium oder quanti res valet, ſo z. B.:

Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 4 § 11): quanti ea res erit — ad pretium verum rei refertur; 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1 pr.): quod rem habere interest emtoris — interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel emta est; vgl. A. 763 a. E.

Marcian. 8 Inst. (D. XXX, 1, 114 § 5): quanti solet comparari, tantam aestimationem accipiet.

Somit iſt der Preis die Summe der Tauſchfähigkeit eines Gutes für ſeinen Inhaber oder, was daſſelbe beſagt, die Summe einerſeits des Austauſchbaren und andererſeits des eintauſchbaren Aequivalentes, welches ein Gut ſeinem Inhaber bietet. Während daher ein Preis denjenigen Gütern nicht zukömmt, welche ſolchem Tauſchverkehre ſich entziehen, ſo der Wiſſenſchaft, wie der Kunſt, dem guten Gewiſſen, wie guten Namen und der Geſundheit, ſo kommt wiederum ein Preis regelmäßig allen Vermögensobjecten zu, indem regelmäßig alle dieſelben in dem ſocialen Tauſchverkehre circuliren.[762]) Der Maaßſtab für die Bemeſſung des Preiſes von einem Vermögensobjecte oder der Schätzung von ſolchem Objecte nach ſeinem Preiſe iſt ſomit gegeben in dem Bedarfe der bürgerlichen Geſellſchaft nach ſolchem Objecte. Und indem wiederum das Reſultat ſolchen Bedarfes das Angebot und die

762) Dieſen Moment bezeichnen die Römer durch emi posse, rei commercium esse: Cels. bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XVIII, 1, 6. pr.), Ulp. 11 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 10).

Nachfrage nach dem Gute ist, selbst bestimmt nach der Fähigkeit des letzteren zur Befriedigung jenes Bedarfes, so ist es gleichwerthig, zu sagen: der Maaßstab der Bemessung des Preises ist gegeben in Angebot und Nachfrage nach dem Gute Seitens der Theilnehmer an dem Tauschverkehre der bürgerlichen Gesellschaft. Demzufolge aber ist der Preis eine an sich völlig objective Größe: die Proportion von Angebot und Nachfrage allein der bürgerlichen Gesellschaft nach einem Gute bestimmt den Preis des letzteren, wobei wiederum Angebot und Nachfrage selbst bestimmt werden durch die Fähigkeit des Gutes zur Befriedigung des jeweiligen Bedarfes der bürgerlichen Gesellschaft oder durch dessen Tauschbarkeit innerhalb der letzteren:[763])

763) Daher hat in der Hand eines Robinson kein Gut einen Preis, sondern allein einen Werth. — Im directen Gegensatz hierzu mißt Dankwardt, Nationalöconomie und Jurisprudenz I, 16 dem Preise eine Subjectivität und dem Werthe eine Objectivität bei. Diese capitalen Irrthümer über die Natur von Begriffsverhältnissen, welche die wichtigsten Fundamente nationalöconomisch-juristischer Betrachtungen ergeben, erklärt sich aus der Ueberschätzung gewisser im Leben hervortretender Thatsachen. Denn während normaler Weise der Preis das Ergebniß des nationalöconomischen Gesetzes von Angebot und Nachfrage ist, so verliert dies Gesetz, welches ja nicht absolut bindend für den Menschen ist, mitunter im Verkehre seine Anwendung, sei es wegen Unklugheit oder Unüberlegtheit oder Unerfahrenheit des Verkehrenden, sei es wegen anomaler Lage, in welcher derselbe sich befindet und welche den Werth eines Gutes gegenüber seinem Preise in singulärem Maaße sei es erhöht, sei es herabdrückt: s. A. 759. § 71. Javol. 4 Epist. (D. XXXV, 2, 61), Maec. 15 Fideic. (D. XL, 5, 32. § 1), alles Fälle, in denen in concreto ein Kaufpreis für ein Gut gewährt wird, der dort über, hier unter dem Preise (als dem Marktpreise) ist. Allein dies sind Vorgänge, welche, weil nationalöconomisch gesetzwidrig, die nationalöconomischen Lehrsätze und Begriffsbestimmungen gar nicht berühren, da diese nur mit dem nationalöconomisch Gesetzmäßigen, nicht aber mit dem nationalöconomisch Gesetzwidrigen sich zu beschäftigen und hierauf sich selbst zu stützen haben. Dagegen durchaus anders verhält sich dies mit dem Rechte, welches seinen Aufgaben entsprechend auch jene nationalöconomisch gesetzwidrigen Vorgänge in das Gebiet seiner Satzungen, wie Begriffsbestimmungen hereinzieht, so daß demnach hier der Preis nicht bloß das in abstracto zu erlangende Aequivalent des Austauschbaren, sondern auch das in concreto wirklich erlangte Aequivalent des Ausgetauschten ist. Jenen ersteren: den Preis im nationalöconomischen Sinne bezeichnet Ulp. 28 ad Ed. (D. XIX, 1, 1. pr.) durch quanti res valet, Pomp. bei demf.

buße am Werthe, demnach aber bemeſſen nach der Nutzfähigkeit des Gutes für ſeinen Inhaber oder nach der affectio oder utilitas, dem eius interest: dem Intereſſe des Geſchädigten, und andererſeits von

rei pretium: Preis des Gutes, und quanti res est, quantitas pretii, quanto minoris est: Schaden nach dem Preiſe veranſchlagt und ſomit beſtimmt als Preisdifferenz oder als Einbuße am Preiſe, demnach aber bemeſſen nach der Tauſchfähigkeit des Gutes für ſeinen Inhaber oder nach Angebot und Nachfrage im Verkehre der bürgerlichen Geſellſchaft.

Und alle dieſe Gegenſätze treten denn auch hervor in mannichfachen Kundgebungen und zwar zunächſt in der juriſtiſchen Litteratur in den Gegenüberſtellungen von

quanti interest und quanti res est oder quantitas pretii bei

Ulp. 1 ad Ed. (D. II, 3, 1 § 4): hoc iudicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est concluditur; und (D. XXXIX, 2, 4 § 7): quod non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest; 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38 § 17. Inst. Just. III, 19, 19): non illud inspicitur quid intersit, sed quae sit quantitas;

Diocl. et Max. im C. Just. IV, 49, 12: non pretii quantitatis, sed quanti interest emti competit actio;

quanti interest und rei pretium bei

Jul. 15 Dig. in Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 18): eum in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri;

Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33): ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea interest;

Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 20): considerandum est in hac actione, utrum pretium rei tantum duplicetur, an etiam quod pupilli interest; 37 ad Ed. (XLVII, 2, 50. pr.): non quod interest — duplabitur, sed rei verum pretium; 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 2. § 13): verum pretium rei[765]) quadruplatur, non etiam quod

765) In der Ausdrucksweiſe verum pretium in obigen beiden Stellen wie bei Pomp. in Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 3, 5. pr. ſ. A. 763), Maecian. 15 Fideic. (D. XL, 5, 32. § 1), Ulp. 14 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 21) und 56 ad Ed. (D. XXVII, 8, 4. § 11); dann vera quantitas bei Ulp. 5 ad Ed. (D. II

interest; 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1. pr.): in id quod interest agitur — —; hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel emta est;

Paul. 5 Quaest. (XIX, 1, 43): emti iudicium — non pretium continet tantum, sed omne quod interest emtoris;

Hermog. 2 Jur. ep. (D. XXI, 2, 74. § 1): non quanti interest, sed de pretio duntaxat — dabitur (sc. actio);

Carac. im C. Just. VII, 10, 1: pretium — dominis, si hoc elegerint, dependat vel quanti sua interest;

veritas und quantitas pretii[766]) bei

Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 8, 2. § 5): quod utrum veritatem contineat an vero quantitatem videamus; et melius est, ut in veram (A. 765) quantitatem fideiussor teneatur (ſ. § 124 unter I p.);

8, 2. § 5); nicht minder vera rei aestimatio bei Javol. 4 Epist. (D. XXXV, 2, 61) und Ulp. 51 ad Sab. (D. L, 16, 179. ſ. A. 1478), endlich veritas bei Ulp. 14 ad Ed. (D. XXXV, 2, 42), 1 ad l. Pap. (D. XXXV, 2, 62. § 1), dient das verum nicht zur Bezeichnung des Wahren im Gegenſatze zum Falſchen, als vielmehr des Wirklichen (vgl. Heindorf zu Hor. Sat I, 3, 97) und ſo nun insbeſondere dazu, den Preis als Marktpreis zu charakteriſiren, ſomit den dem quanti res est inliegenden Moment der Objectivität zu betonen. Dagegen der Moment des Wahren beim pretium d. i. des Angemeſſenen oder Entſprechenden, ſomit der Uebereinſtimmung der Aeſtimationsſumme mit dem Betrage der Schädigung wird bezeichnet durch iustum pretium, ſo von Ver. und Anton. Phil. bei Callistr. 3 de Jur. fisc. (D. XLIX, 14, 3. § 5), Leo et Anth. im C. Just. V, 9, 6. § 1. Justin. im Cod. VII, 72, 10. § 3, Pomp. 29 ad Sab. (D. VI, 1, 70), Ulp. fr. II, 11. 25 ad Ed. (D. XI, 7, 12. pr.); 41 ad Ed. (D. XXXVIII, 5, 1. § 12. 15), Paul. 36 ad Ed. D. XXIV, 1, 36. pr.), 3 Fideic. (D. XL, 5, 31. § 4), wie durch iusta aestimatio bei Cels. 38 Dig. in Ulp. 20 ad Ed. (D. XLV, 1, 72. pr.), Gai. 1 Fideic. (D. XXXII, 1, 14. § 2), Ulp. 34 ad Sab. (D. XXIII, 3, 12. § 1), 20 ad Ed. (D. XLV, 1, 72. pr.), Ter. Clem. 13 ad l. Jul et Pap. (D. XXXI, 1, 54).

766) Bei Ulp. 5 ad Ed (D. II, 7, 5. § 1): in eum —, qui vi exemit (sc. in ius vocatum) — iudicium datur, quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est, treten in Gegenſatz veritas d. i. das quanti interest, ſomit der durch das vi eximi verurſachte Schaden nach dem Maaßſtabe des Intereſſes oder Werthes, und das quanti res est ab actore aestimata, de qua controversia est d. h. die klägeriſche Würderung vom Objecte derjenigen Klage, bezüglich deren die in ius vocatio vereitelt ward, und welche zweifelsohne ebenfalls nach dem Maaßſtabe des quanti interest erfolgte: ſ. § 142 unter I i.

utilitas oder alicuius interest und quantitas pretii oder quanti res est bei

Nerat. in Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 9. § 8): utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit, quae utilitas interdum minoris erit, quam res erit;

Pomp. bei Paul. 17 ad Ed. (D. XLIII, 16, 6): saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est;

Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 21. § 2): utrum corpus eius solum aestimamus quanti fuerit, quum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8): utrum quantitati contractus debeat (sc. iudex) servire, an vel excedere vel minuere quantitatem debeat? — Utilitas quoque actoris veniet;

Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 1, 43): non — pretium continet tantum, sed omne quod interest emtoris servum non evinci;

endlich affectus oder utilitas und pretium bei

Javol. 8 Epist. (D. XXXVIII, 2, 36): non pretio, sed affectu sit aestimandum;

Jul. 15 Dig. in Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 18): pretium quidem deberi —, utilitatem non deberi;

vgl. Marcell. 8 Dig. (D. XII, 3, 8): non est aequum pretio id est quanti res est litem aestimari, quum — arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit.

Nicht minder treten die Gegenſätze von quanti res est, wie quanto minoris est und quanti interest zu Tage in der Formularjurisprudenz, und ſo zwar zunächſt

A. in der Conception der Stipulationen, namentlich der stipulationes praetoriae, iudiciales und communes. Denn

I. auf Quanti ea res est oder reſp. erit concipiren ſich nach Maaßgabe des Edictes folgende Stipulationen[767]):

cautio damni infecti: Aristo bei Paul. 48 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 18. § 10), Ulp. 81 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 28), Paul. 73 ad Ed. (D. XLVI, 5, 2. § 2);

767) Vergl. Venul. 8 Act. (D. XLVI, 5, 11): in eiusmodi stipulationibus, quae quanti res est promissionem habent.

cautio ratam rem haberi: Venul. 15 Stip. (D. XLVI, 8, 8. § 2), Paul. 73 ad Ed. (D. XLVI, 5, 2. § 2), ſowie, eine im Uebrigen ſinguläre Conception betreffend, Pap. 12 Resp. (D. XLVI 8, 3. pr.);

cautio iudicio sisti des Beklagten in der actio iudicati und depensi bei dilatio in iure nach dem vorjulianiſchen Edicte: Gai. IV, 186;

cautio iudicio reum sisti des fideiussor bei dilatio in iure: Gai. 1 ad Ed. prov. (D. II, 8, 3) vgl. Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 8, 2. § 5);

cautio de conferendis bonis: vgl. Ulp. 79 ad Ed. (D. XXXVII, 6, 5. § 3);

cautio legis Falcidiae: Ulp. 79 ad Ed. (D. XXXV, 3, 1. pr.), Paul. 75 ad Ed. (D. XXXV, 3, 2);
und daneben tritt noch die freibeliebte Conception auf quanti res est oder reſp. erit bei

cautio de novo opere restituendo im Falle einer Mehrheit von Nuntianten: Lab. bei Ulp. 80 ad Ed. (D. XXXIX, 1, 21. § 7) und Ulp. cit[768]).

cautio iudicio sisti bei in ius vocatio: Nerat. 2 Membr. (D. II, 11, 14); Ulp. 77 ad Ed. (D. XLV, 1, 81. § 1);

cautio Muciana: Javol. 11 Epist. (D. XXXV, 1, 67); vgl. Pap. 1 Defin. (XXXV, 1, 79. § 2);

stipulatio simplae vel duplae: Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 2), Paul. 36 ad Ed. und Ped. daſ. (D. XXIV, 1, 36. pr.): quanti ea res est; Instrum. venditionis zwiſchen Maximus und Dasius bei Detleſſen in Sitzungsber. der phil. hiſt. Cl. der Wiener Akad. d. Wiſſ. 1857. XXIII, 606: quanti ea puella empta est; Instrum. vendit. zwiſchen Adueja und Veturius Valens bei Detleſſen a. O. 638 und zwiſchen Bellicus und Dasius bei Mommſen in Monatsber. der Berliner Akad. d. Wiſſ. 1857. 520: quantum id erit;

stipulationes conventionales, ſo z. B. bei Pap. 2 Defin. (D. XLVI, 2, 28), Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV,

768) Wegen der Conception dieſer Stipulation, dafern nur Einer nuntiirt, ſowie wegen der cautio iudicatum solvi vgl. A. 952.

1, 38. § 2), 20 ad Ed. (D. XLV, 1, 72. § 1), Paul. 13. ad Ed. (D. IV, 2, 28); Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 38, 5.

endlich in der doli clausula insbeſondere: Beil. XIX. A. 57. 58.

II. Andererſeits dagegen auf quanti interest oder reſp. intererit werden nach dem freien Ermeſſen der Intereſſenten folgende Stipulationen concipirt:

cautio de opere restituendo bei einer Mehrheit von Nuntianten: Labeo bei Ulp. 80 ad Ed. (D. XXXIX, 1, 21. § 7);

stipulatio simplae vel duplae: Modest. 4 Resp. (D. XLV, 1, 102).

B. Sodann treten die gleichen Gegenſätze auch zu Tage in den Klagformeln des Formularproceſſes und zwar

I. das quanti res und quanto minoris res est in folgenden condemnationes:

1. Quanta pecunia — —, tantam pecuniam, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato in

Klage der Publicanen wegen Steuerrückſtänden: Gai. VI, 32. vgl. Keller, Civ. Pr. A. 300.

2. Quanta pecunia — —, tantae pecuniae duplum oder triplum oder quadruplum, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato in

gewiſſen actiones furti, ſo insbeſondere furti nec manifesti und manifesti[769]);

769) Die a. furti manifesti und nec manifesti förmelten auf: Quanti eam pateram auream (oder dergl.) parret esse, quae Aulo Ag. Numerii Neg. furto abest, duntaxat sestertium mille (oder dergl.) plurisve, tantae pecuniae duplum, reſp. quadruplum, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato, si non parret, absolvito; dies bezeugen: a. Ulp. 40 ad Sab. (D. XLVII, 2, 19. pr. — § 4), 37 ad Ed. (D. cit. 52. § 25); b. Ulp. 37. 38 ad Ed. (D. cit. 50. pr. 52. § 29. L, 16, 193), 51 ad Sab. (D. cit. 179); vgl. Jav. 15 ex Cass. (D. XII, 3, 9), A. 1478; c. Ulp. 40 ad Sab. (D. XLVII, 2, 19. § 3), Martial. XVI, 19, 2 (lis est mihi de tribus capellis: vicini queror has abesse furto); vgl. Pseudo-Quint. Decl. 13, 10 (si mihi alvi furto abessent) Paul. 7 ad Ed. (D. L, 16, 14. pr.); d. Ulp. 37 ad Ed. (D. L, 16, 192); vgl. Javol. 15 ex Cass. (D. XII, 3, 9); Jac. Curtius, Ἐκασταῶν IV, 7

a. vi bonorum raptorum: Cic. p. Tull. 7. vgl. Keller, Civ. Pr. A. 356;

a. de pecunia calumniae causa accepta: Ulp. 10 ad Ed. (D. III, 6, 1. pr.).

3. Quanti ea res erit[770]), tantam pecuniam, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato in

condictio triticaria auf certa res: Beil. XIX, A. 6;

a. de eo, quod certo loco: A. 1434;

a. aquae pluviae arcendae, wie zu entnehmen iſt aus der Conception der cautio de novo opere restituendo (unter A I);

a. de pauperie, wie zu entnehmen iſt aus Gai. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 1, 3); Ulp. 18 ad Ed. (D. cit. 1. pr.); Paul. sent. ec. I, 15, 1. vgl. A. 1291;

dinglichen Klagen per formulam petitoriam und zwar directae,

---

in Otto, thes. V, 251; ein anderes Beiſpiel der gleichen Stellung der taxatio zwiſchen intentio und condemnatio bietet lex Rubr. c. 20, wogegen ein zweites Beiſpiel einer taxatio auf das Minimum mir nicht zu Gebote ſteht Dagegen die a. ope consilio furti facti welche Keller, Inſt. 139 irrig mit der a. furti nec manifesti identificirt und worüber vgl. Voigt, Bedeutungswechſel 149 förmelte: Si parret ope consilio[ve] Numerii Neg. Aulo Ag. furtum factum esse paterae aureae (oder dergl.), quam ob rem eum pro fure damnum decidere oportet, quanti ea res erit, tantae pecuniae duplum. iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato, si non parret, absolvito; dies bezeugen: a. Gai. IV, 37 u. a. m. b. Ulp. 51 ad Sab. (D. L, 16, 179); vgl. A. 1290.

770) Niemals aber est und fuit, wie Savigny, Syſt. VI, 205 fg. und Schmidt, Interdictenverf. 253 fg. annehmen. Die Conception der jurisdictionellen condemnatio auf quanti ea res erit bekunden: Edicte in Dig. XI, 3, 1. pr. 11 pr. XXVII, 6, 7. pr. XLIII, 17, 1. pr. Gai. IV, 47. 51. Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 29. § 2), 12. 56. 72 ad Ed. (D. XXVII, 6, 7. § 2. XLVII, 8, 4. § 11. XLIII, 4, 1. § 5), 51 ad Sab. (D. L, 16, 179); die Conception auf fuerit bekunden: lex Aquilia c. I. III. nach Gai. III, 214. Inst. Just. IV, 3, 9. Theoph.. in h. l. wozu vergl. Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 21. § 3), Inst. Just. IV, 3, 14. 6, 19., während corrumpirt iſt das fuit, fuisset, erit bei Gai. III, 210. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 2, 2. pr.), Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 21. pr. 27. § 5); dann Edict. aed. cur. in Dig. XXI, 1, 38. pr. Jul. 51 Dig. (D. XLIV, 2, 25. § 1), Gai III, 218 (ſ. A. 773). Vgl. auch A. 776. — Nichts dagegen beweiſen die Stellen, wo die judizielle Condemnation in das Auge gefaßt iſt: denn für den Judex verwandelt ſich das Futurum in das Präſens oder Perfectum.

wie ficticiae, daher insbesondere ebenso bei rei vindicatio: Gai IV, 51. Ulp. 51 ad Ed. (D. VI, 1, 68,) Paul. 13 ad Sab. (D. VI, 1, 71), wie bei Publiciana in rem: Beil. XXI § V;

a. redhibitoria: A. 1363;

a. in factum concepta aus depositum: Gai. IV, 47;

a. in factum concepta aus commodatum: Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 2);

a. Rutiliana des bon. emptor: Gai. IV, 35. 66. 68;

a. ad exhibendum: Gai. IV, 51;

a. de dolo: Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 17. pr.), Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. pr.);

a. adversus falsum tutorem: Edict. in Dig. XXVIII, 6, 7. pr. Ulp. 12 ad Ed. (D. XXVII, 6, 7. § 2);

a. adversus eum, qui dolo malo fecerit, quominus a praetore in possessionem missus admissus non sit: Edict. in Dig. XLIII, 4, 1. pr.[771]), Ulp. 72 ad Ed. (D. XLIII, 4, 1. § 5), Paul. 59 ad Ed. (D. XLIII, 4, 2), 2 Quaest. (D. XLII, 4, 14. pr.);

a. adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in ius vocatur: Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 7, 5. § 1);

a. adversus eum, qui ius dicenti non obtemperaverit: Ulp. 1 ad Ed. (D. II, 3, 1. § 4.);

a. adversus magistratum municipalem, qui damni infecti nomine neque caveri, neque in possessione esse curaverit: Ulp.1 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 4. § 7);

a. adversus eum, qui hominem mortuum in locum purum alterius intulerit: Gai. 19 ad Ed. prov. (D. XI, 7, 7. pr.);

a. adversus creditorem in possessionem praedii missum, qui neque locaverit fructum, neque vendiderit: Ulp. 62 ad Ed. (D. XLII, 5, 9. § 6: in hoc condemnabitur, quanto minus propter hoc perceptum est);

a. arbitraria bei den interdicta restitutoria und exhibitoria: Gai. IV, 163;

---

771) Die Lesart der Edictsworte: quanti ea res fuit ist, wie Ulp. und Paul. bekunden und bereits Mommsen anerkennt, sicher corrumpirt.

iudicium secutorium aus den Interdicten[772]), ſo aus interd. uti possidetis: Edict. in Dig. XLIII, 17, 1. pr. Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 17, 3. § 11); unde vi: Pomp. bei Paul. 17 ad Ed. (D. XLIII, 16, 6);

endlich

die anomal gefórmelte a. ex stipulata aus cautio iudicio sisti in gewiſſen ſpeciellen Fällen: § 115.

4. Quanti ea res erit, tantae pecuniae duplum oder triplum oder quadruplum, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato; und ſo zwar bei

a. redhibitoria auf duplum: A. 1363;

a. furti ope consilio facti: A. 769;

a. adversus eum, qui se liberum sciens dolo malo passus est se pro servo venumdari: Ulp. 55 ad Ed. (D. XL, 12, 18. 20), Modest. 1 de Poen. (D. XL, 12, 21);

a. damni in turba dati: Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 4. § 11);

a. quod metus causa: Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 7), Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 2. IV, 3, 18. pr.);

a. de servo corrupto: Edict in Dig. XI, 3, 1. pr. 11. pr. Ulp. 23 ad Ed. (D. XI, 3, 9. § 2);

a. de effusis et deiectis wegen damnum datum, wie zu entnehmen iſt aus der Faſſung des bezüglichen Edictes in Dig. IX, 3, 1 pr.: quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum — in duplum iudicium dabo, wozu vgl. J. Just. IV, 5, 1.

a. falsi leg. Corneliae: A. 880;

a. ex cap. IX leg. Juliae de adult. de damno quaestione servi accusati iniuria dato: A. 880.

5. Quanti ea res fuerit, tantam pecuniam oder tantae pecuniae duplum, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato bei

a. legis Aquiliae ex cap. I: quanti in eo anno plurimi ea res fuerit (ſ. A. 773), tantam pecuniam (im Confeſſionsfalle) oder tantae pecuniae duplum (im Infitiationsfalle), iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato;

---

772) Vgl. Schmidt in A. 770 cit. Irrig Huſchke zu Gai IV, 165: quanti interest.

a. legis Aquiliae ex cap. III: quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit,[773]) tantam pecuniam (im Confeſſionsfalle)[774]) oder tantae pecuniae duplum (im Infitiationsfalle), iudex, Numerium Neg. Aulo Ad. condemnato.[775])

6. Quanto minoris ea res, quum veniret, fuerit, tantam pecuniam iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato in der

a. quanti minoris: Edict. aed. cur. in D. XXI, 1, 38 pr. Jul. 51 Dig. (D. XLIV, 2, 25. § 1), Ulp. 2 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 38. § 13), 80 ad Ed, (D. XXI, 1, 61).

II. Dagegen das quanti interest tritt auf in den condemnationes auf

1. Quanti Auli Ag. interfuerit,[776]) tantam pecuniam, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato, und ſo zwar in

---

773) Dieſe condemnatio wird direct bekundet durch Gai. III, 218: hoc — capite — quanti in diebus XXX proxumis ea res fuerit, damnatur is qui damnum dederit ac ne „Plurimi“ quidem verbum adiicitur, aus welchen letzteren Worten unzweideutigſt erhellt, daß damnatur die Bedeutung hat von formulae condemnatio concepta est. Dagegen beziehen ſich auf die judizielle Condemnation Stellen, wie Jul. 88 Dig. (D. IX, 2, 51. § 2) und bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 23. § 3), Pomp. bei Ulp. 43 ad Sab. (D. XLVII, 1, 2. § 3) u. a. m.

774) Außer Betracht laſſe ich die Oratio divi Marci (ſ. Keller Civ. Pr. A. 727), deren Inhalt, wie Rückwirkung auf die Klagformeln noch der exacten Beſtimmung bedarf.

775) Die Belege ſ. Beil. XIX. A. 37. Daſelbſt iſt es mir durch ein Verſehen beim Ausſchreiben aus einer Zuſammenſtellung von Klagformeln leider paſſirt, daß ich dort die Condemnations-Formel auf: eius — condemnato irrig in die a. leg. Aquiliae (a. O.), und dagegen die Formel auf: quanti ea res erit, tantam pecuniam — condemnato irrig in die bon. fid. a. (Beil. XXI. § XV. XXII.) geſtellt habe. — Die Formulirung der condemnatio der Klagen aus c. I und III der lex Aquilia auf tantam pecuniam oder tantae pecuniae duplum condemnato iſt ſinguldr: die incerti condictio formulirt im Uebrigen auf eius condemnato: Beil. XIX § I unter 3, wie A. 13. — Wegen der Klage aus c. II vgl. Beil. XIX A. 21; freilich meint Kniep, Mora II, 509, daß dann, wenn der Beklagte über 300 Aſſe in fraudem stipulatoris Acceptilation ertheilte, dem Richter obgelegen habe, in das quanti ea res est zu condemniren d. h. den Marktpreis jener 300 Aſſe durch Schätzung zu eruiren!!

776) Interfuerit im Gegenſatze zu interfuit oder interest (A. 770) be-

a. de alienatione iudicii mutandi causa facta: Gai 4 ad Ed. prov. (D. IV, 7, 1. pr. 3. § 4), Ulp. 13 ad Ed. (D. IV, 7, 4. § 5);

a. de edendo adversus argentarium: Gai 1 ad Ed. prov. (D. II, 13, 10. § 3), Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 13, 6. § 4. fr. 8. § 1);

a. adversus eum, qui dolo malo fecerit, quominus quis in iudicio sistat: Jul. 2 Dig. (D. II, 10, 5. pr. § 4), Paul. 69 ad Ed. (D. II, 11, 3);

a. adversus mulierem, quae dicitur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse: Ulp. 34 ad Ed. (D. XXV, 5, 1. § 1. 3), Paul. 37 ad Ed. (D. XXV, 5, 2. § 1);

a. adversus mulierem, quae ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicitur: Ulp. 34 ad Ed. (D. XXV, 6, 1. § 4. 7. 8);

a. si mensor falsum modum dixerit: vgl. Ulp. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 1. pr. fr. 3. § 1. fr. 5. § 1);

a. adversus eum, qui prohibuerit hominem mortuum inferre: Gai. 19 ad Ed. prov. (D. XI, 7, 9);

a. viae receptae: Paul. 1 Sent. (D. XLIII, 11, 3. pr. Sent. rec. I, 14, 1[a]);

a. adversus curatores rei publicae wegen Schädigung durch culpoſe Vernachläſſigung der Amtspflichten: Paul. sent. rec. V, 2, 4.

2. Quanti Auli Ag. interfuerit, tantae pecuniae duplum, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato in der

a. adversus eum, qui testamento liber esse iussus surripuisse aut corripuisse quid dicitur: Ulp. 38 ad Ed. (D. XLVII, 4, 1. § 1. 10. 13. 16).

In Bezug auf die Sphäre nun des quanti res est einerſeits und des quanti interest andrerſeits waltet in abstracto eine Verſchiedenheit zwiſchen Beiden[777]) nicht ob hinſichtlich der ver-

haben: Gai. 19 ad Ed. prov. (D. XI, 7, 9), Ulp. 34 ad Ed. (D. XXV, 5, 1. § 1); vgl. § 72 unter A.

777) Das Verhalten der Quellen iſt intricat, weil, wie in A. 764 bemerkt, einem großen Theile der unter I verzeichneten Klagen von der Kaiſerzeit die Richtung auf id quod interest interpretativ beigemeſſen ward.

ſchiedenen Kategorien der Schädigung, inſofern auch dem qua
res est insbeſondere die Kategorieen der omnis causa oder
juriſtiſchen Zubehörigkeit,[778]) wie auch der pecuniären Bezi
lichkeit[779]) unterfallen; wohl aber waltet ſolche Verſchiedenh
ob theils hinſichtlich der Einbuße am entgangenen Gewin
theils hinſichtlich der zukünftigen Folgen des Schadens, wel
beide bei dem quanti res est gar nicht in Anſchlag komme
theils endlich auch hinſichtlich des indirecten Schadens. De
während bei dem quanti interest dieſer Schaden mit in An
kommt, welcher durch das Mittel des direct verletzten Objectes üb
greift auf anderweite ſelbſtſtändige Vermögensbeſtandtheile, a
wenn dieſelben weder mechaniſcher, noch pecuniärer, noch juri
ſcher Zubehör des unmittelbar lädirten Objectes ſind,[780])
kann das quanti res est nicht über das unmittelbar lädirte O

---

778) So bei a. redhibitoria (ſ. § 124 unter I g): Ulp. 1 ad Ed. a
cur. (D. XXI, 1, 29. § 2): et quidem continet condemnatio (sc. in
quanti ea res erit) pretium accessionesque; — et usuras pretii —
placet consecuturum, u. a. m. Bei a. quod met. causa (ſ. § 124 unter I
Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 7): quadruplatur — id quanti ea res e
id est cum fructibus et omni causa. Bei a. furti (ſ. A. 1478): Ulp. 37
Ed. (D. XLVII, 2, 52. § 28): si servus surreptus heres institutus fue
furti iudicio actor consequetur etiam pretium hereditatis. Bei Klage a
dem Fideicommiß (ſ. A. 1479): Jul. 39 Dig. (D. XXXVI, 1, 25. § 3).
Durch die Nichterkenntniß dieſes ganz zweifelloſen Satzes werden Savig
Syſt. V, 448 d., Mommſen, a. O. 53 A. 26, Cohnfeldt, a. O. 242 zu d
Irrthume verführt, die omnis causa greife über das quanti res est hina
und die Pflicht zum Erſatze jener involvire daher mit Nothwendigkeit
Haftung für das quanti interest.

779) Afric. 6 Qaest. (D. XXI, 1, 34. § 1), Ulp. 2 ad Ed. aed. c
(D. XXI, 1, 38. § 13. 14). — Nach Maßgabe von Inst. Just. IV, 3, 1
wozu vgl. Gai. III, 212. Paul. 22 ad Ed. (D. IX, 2, 22. § 1) haben m
allerdings anzunehmen, daß die frühere Zeit der Republik bei a. le
Aquiliae für das quanti res est nicht die obige Kategorie anerkann
Allein diesfalls iſt der Grund hiervon ein hiſtoriſcher, nicht ein juriſtiſche
die Volksanſchauung jener Zeit erkannte hier, wie bei anderen Klagen a
quanti res est, nicht die universitas facti als das lädirte Object an, a
vielmehr nur das unmittelbar betroffene Einzelobject ſelbſt.

780) So z. B. Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 3. pr.
Gai. 4. 19 ad Ed. prov. (D. IV, 7, 3. § 4. XI, 7, 9); Pap. 27 Quae
(D. XLV, 1, 118. § 2); Ulp. 27. 30. 32. 34 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8. XI
3, 3. XIX, 1, 13. § 2. XXV, 6, 1. § 7); Paul. 37 ad Ed. (D. XXV, 5, 2. § 1

ject jammt ſeinem mechaniſchen oder pecuniären oder juriſtiſchen Zubehör hinausgreifen, da jedes anderweite ſelbſtſtändige Object ſein eigenes pretium trägt, nicht aber dem pretium des Erſteren mit unterfällt. Und dies wird denn auch direct bekundet bezüglich der a. redhibitoria von

Jul. bei Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 31. pr.): ob haec —, quae propter servum damna sensit (sc. emtor), solum dabimus ei corporis retentionem;

Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 29. § 3): si quid — damni sensit vel si quid pro servo impendit (sc. emtor), consequetur arbitrio iudicis, sic tamen, non ut ei horum nomine venditor condemnetur, sed ne alias compellatur hominem venditori restituere, quam si eum indemnem praestet.[781])

§ 72.

Die Würderung des Vermögensſchadens.

Die Würderung des Vermögensſchadens d. i. diejenige Berechnung, durch welche der erlittene Schaden auf Geld reducirt, ſomit die paſſive Differenz zwiſchen dem pecuniären Status vor und nach der erlittenen Einbuße in einer Geldſumme beſtimmt und ausgedrückt wird, in den Quellen techniſch bezeichnet als damni, litis aestimatio oder auch pecuniaria aestimatio, wie aestimatio ſchlechthin,[782]) iſt, entſprechend der in § 71 dargelegten

781) Somit: weil die condemnatio auf quanti res erit lautet, kann der Richter nicht auf Erſatz des indirecten Schadens verurtheilen. Allein um gleichwohl dieſes Ziel zu erreichen, hilft ſich die Rechtswiſſenſchaft hier damit, daß ſie dem redhibirenden emtor ein Retentionsrecht am Redhibitionsobjecte einräumt wegen jenes indirecten Schadens. So iſt auch zu verſtehen Paul. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 30. § 1).

782) Damni aestimatio: Ulp. 28 ad Ed. (D. IX, 3, 1. § 5), vgl. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 13). — Wegen litis aestimatio vgl. z. B. Alfen. 3 Dig. a Paul. epit. (D. XIX, 2, 30. pr.) und Weiteres bei Brisson de V. S. v. lis § 4. Schilling, Inſt. § 232 o. und ſo z. B. einerſeits Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 15. § 7): tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, andrerſeits Marcell. 8 Dig. (D. XII, 3, 8): pretio id est quanti res est litem aestimari. — Zu aestimatio tritt mitunter die nähere Angabe des Objectes, ſo facti aestimatio: Cels. bei Ulp 20 ad Ed. (D XLV, 1, 72 pr.),

Zwiefältigkeit des Maaßſtabes der Bemeſſung des Vermögensſchadens, ſelbſt eine zwiefältige: einerſeits Würderung der Einbuße nach dem Maaßſtabe der utilitas oder veritas oder quanti interest, von Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 6) utilitatis aestimatio genannt,[783]) und andrerſeits Würderung der Einbuße nach dem Maaßſtabe des pretium oder quanto minoris oder quanti res est, techniſch bezeichnet durch rei oder corporis aestimatio:[784])

Pap. 12 Quaest. (D. XLVII, 2, 80. § 1): quum — iure dominii defertur furti actio, quamvis non alias nisi nostra intersit competat, tamen ad aestimationem corporis, si nihil amplius intersit (ſ. § 124 unter I), utilitas mea referenda est; — — itaque tunc sola utilitas aestimationem facit, quum cessante dominio furti (sc. et usus et possessionis) actio nascitur (vgl. § 142 unter IV);

Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 20): in hac actione quod interest non venire, sed rei tantum aestimationem; 38 ad Ed. (D. L, 19, 193): haec verba: „Quanti eam rem paret esse" non ad quod interest, sed rei aestimationem referuntur; 69 ad Ed. (D. XLIII, 17, 3. § 11): condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem, zu welchem refertur in den Gegenſatz tritt: sic accipimus: quanti uniuscuiusque interest; 51 ad Sab. (D. L, 16, 179): placet veram rei aestimationem fieri (ſ. A. 765); vgl. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 21. § 2): utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit quum occidetur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum?

Paul. 22 ad Sab. (D. IX, 2, 22. § 1): non solum — peremti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt.

Somit iſt der Maaßſtab für die aestimatio ein durchaus ver-

---

ususfructus: Afric. 5 Quaest. (D. VII, 1, 36. § 2), servi: Paul. 18 ad Ed. (D. XII, 2, 30. § 1). — Pecuniaria aestimatio: Gai. IV, 48.

783) Vgl. auch Pap. 12 Quaest. (D. XLVII, 2, 80. § 2): utilitas aestimationem facit, u. dergl.

784) Daneben auch prädicirt als vera rei aestimatio ſ. A. 765.

ſchiedener, je nachdem der Vermögensſchaden ſelbſt bemeſſen wird als quanti interest oder als quanti res est.

Und zwar zunächſt bei Würderung des Schadens nach Maaßgabe der utilitas oder veritas oder als quanti interest, iſt es, wie im § 71 dargelegt, ein durchaus ſubjectiver Maaßſtab, welcher, in der Individualität des Geſchädigten belegen, der aestimatio ſich unterbreitet: indem dort der reale Gehalt des Güterbeſitzes in in der Nutzfähigkeit des Gutes für ſeinen Inhaber d. i. in der Fähigkeit des erſteren, die Bedürfniſſe des Letzteren zu befriedigen, gefunden wird; indem ſomit ſolches individuelle Bedürfniß allein jene Nutzfähigkeit des Gutes graduell beſtimmt und dieſe Nutzfähigkeit wiederum die Werthſchätzung des Gutes Seitens ſeines Inhabers quantitativ fixirt; indem endlich der Schaden als Einbuße an ſolchem Werthe aufgefaßt wird und ſomit nach ſolchem Maaßſtabe ſeine aestimatio beſchieht, ſo liefert nun die Werthſchätzung allein, welche dem lädirten Gute Seitens ſeines Inhabers zu Theil wird, die Factoren des Rechenexempels, deſſen Facit die aestimatio iſt. Dieſe rein ſubjective, wie individuelle Baſis der aestimatio gelangt aber in dreifacher Beziehung zur Geltung, und zwar zuerſt inſofern, als vor Allem die individuellen pecuniären Intereſſen bei der aestimatio des quanti interest in Anſatz kommen und damit der Werth des Gutes von Factoren abhängig wird, welche möglicher Weiſe weit über die Individualitäts-Sphäre jenes Gutes ſelbſt hinausliegen. Denn bei dem directen Schaden ſind es ebenſo die geſammten äußeren Verhältniſſe, die den Betroffenen dauernd oder jeweilig umgeben, als auch deſſen jeweilig maaßgebende individuelle Zwecke, welche die pecuniäre Relevanz des Vermögensobjectes ſubjectiv ebenſo ſteigern, wie verringern können, ſo z. B. dafern die Lage des Wohnortes des Betroffenen beſondere Transportkoſten eines Mobiliares bedingt, oder dafern eine Arbeitsleiſtung für die Errichtung einer Scheune beſtimmt iſt, wo der Werth ſolcher Leiſtung etwa durch das Erforderniß des Gebäudes für Bergung der Ernte ſich ſteigert. Beiſpiele in dieſer Beziehung bieten

Pomp. bei Paul. 17 ad Ed. (D. XLIII, 16, 6): saepe actoris pluris interesse hominem retinere, — veluti quum quaestionis habendae aut rei probandae gratia aut hereditatis adeundae intersit eius eum possideri (vgl. A. 758);

Ulp. 44 ad Ed. (D. XXXVIII, 5, 1. § 15): affectio vel opportunitatis vel vicinitatis vel coeli;

Ter. Clem. 13 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXI, 1, 54): confines fundos etiam supra justam aestimationem interest nostra acquirere.

Und in noch erhöhtem Maaße gelangen dieſe ſubjectiven Beziehungen beim indirecten Schaden zur Geltung, inſofern je nach der Individualität des Betroffenen theils das einzelne Vermögensobject eine ganz verſchiedene Stellung gegenüber dem Vermögen in ſeiner Geſammtheit einnimmt, theils das Gut anderer Beſchaffenheit in einem ganz verſchiedenen Cauſalitätsverhältniſſe zu den pecuniären Intereſſen des Betreffenden ſteht. Denn während in letzterer Beziehung die geſunden Arme einen ganz anderen Vermögenswerth haben für den Maler oder Tiſchler, als für den Sänger oder Hirten, ſo gewinnt in erſterer Beziehung wiederum der Schaden dadurch eine ſo weitgehende quantitative Verſchiedenheit, daß derſelbe nach dem Maaßſtabe des quanti interest nicht auf das lädirte Object körperlich ſich beſchränkt, als vielmehr auf das Vermögen in ſeiner Totalität ſeine Reflexwirkung erſtreckt. Denn indem das Vermögen in ſeiner Geſammtheit, wie in § 71 dargelegt, ſich darſtellt als ein großer zuſammengeſetzter Apparat im Dienſte der mannichfachen Bedürfniſſe ſeines Inhabers, als ein Apparat, deſſen einzelne Beſtandtheile zwar ein jeder ſeine eigene Function verſieht, die jedoch bei jenem ihrem gemeinſamen Dienſte auch wiederum wechſelſeitig ſich unterſtützen und fördern, ſo daß innerhalb gewiſſer Gränzen der eine Beſtandtheil den andern zur Löſung der Geſammtaufgabe erfordert und alle einzelnen Zubehörungen wiederum gleichwie die Theile einer Maſchine an einander ſich anpaſſen und in einander eingreifen und keiner derſelben vermißt werden kann, ohne den Gang des Ganzen zu ſtören oder zu hemmen; ſo zieht nun möglicher Weiſe die Schädigung des einzelnen Vermögensobjectes eine größere Anzahl anderer Objecte in Mitleidenheit, welche mit dem erſteren in einem ſolchen Nexus des Dienſtbaren oder Förderlichen, des Mitwirkens für allgemeinere wirthſchaftliche Aufgaben ſtehen, ſo daß z. B. die Tödtung des Schaafes nicht auf den Verluſt ſolchen Viehſtückes ſich beſchränkt, ſondern auch die Düngung des

Jedes beeinträchtigt, wie die pecuniäre Ausnutzung des Stalles, der Schaafſcheere, des Webſtuhles, und der Arbeitskraft des opilio, wie der textrices.

Zweitens ſodann gewinnt jene ſubjective Unterlage des quanti interest auch durch das andersartige: das ſogen. Affectionsintereſſe, ſo namentlich durch das äſthetiſche oder ſympathetiſche oder ethiſche Intereſſe einen beſtimmenden Einfluß auf die aestimatio. Denn wenn auch die Beeinträchtigung ſolcher Intereſſen an und für ſich keinen Vermögensſchaden begründet (§ 69), ſo greift doch ſolches Intereſſe dadurch über in die Sphäre des quanti interest, daß die pecuniäre Werthſchätzung eines Objectes Seitens ſeines Inhabers beeinflußt oder überhaupt beſtimmt wird durch die Dienſtbarkeit des erſteren für die bezeichneten Intereſſen des letzteren, durch die Fähigkeit ſomit des Objectes, die entſprechenden Bedürfniſſe des Inhabers zu befriedigen, ſo daß daher ſolches Intereſſe ebenſo den Werth einer Sache für deren Inhaber weit über ihren Preis ſteigern, wie auch der Sache, die an und für ſich werthlos iſt, einen Werth verleihen kann, ſo z. B. die individuelle Liebhaberei des Beſitzers, die Pietät für ein ererbtes Familienſtück, die Liebe zu dem filius naturalis oder zu einer ancilla, die Dankbarkeit, die man einem Sclaven ſchuldet u. dgl. m. Und ſolche Thatſache erkennen nun auch die Quellen mehrfach an, ſo

Ped. bei Paul. 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33. pr.): filium naturalem — plurimo, si alius possideret, redemturus fuit;

Iavol. 8 Epist. (D. XXXVIII, 2, 36): multi — casus intervenire possunt, quibus expediat patrono petere bonorum possessionem, — — veluti si praedia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus maiorum patroni sepulcra sint, et magni aestimat patronus bonorum possessione iura pro parte ea ad se pertinere vel aliquid mancipium, quod non pretio, sed affectu sit aestimandum;

Ulp. 44 ad Ed. (D. XXXVIII, 5, 1. § 15): hoc interesse sua — quod venierit possessio, in quam habet — affectionem — —, quod illic educatus sit vel parentes sepulti; 51 ad Ed. (D. XXX, 1, 71. § 3): si aliena res legata sit negetque dominum eam vendere vel immen-

sum pretium eius rei petere affirmet aut si servum hereditarium neget se debere praestare, forte patrem suum vel matrem vel fratres naturales;

Paul. 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33 pr.): filium tuum naturalem, — quem tu magno emtum velles; 2 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXV, 2, 63. pr.);

vgl. Pap. 10. 27 Quaest. (D. XVIII, 7, 7. 6. pr. XVII, 1, 54. pr.), Hermog. 1 Jur. epit. (D. IV, 4, 35).[785])

Drittens dann gewinnt das Individuelle im Maaßſtabe der aestimatio vom quanti interest auch noch darin einen Einfluß, daß gewiſſe Güter, welche gar keinen Preis, wohl aber einen Werth für ihren Inhaber haben, die Summen-Beſtimmung ihrer aestimatio durch die Werthſchätzung des Letzteren empfangen, ſo die Freiheit, die Integrität von Geiſt oder Körper oder gutem Namen, wie andrerſeits die Sachen, welche nur als Unica vorhanden ſind oder die Leiſtungen, die nur ein exceptionell begabtes Individuum zu produciren vermag.

Und dazu kommt endlich, daß das quanti interest nach § 71 a. E. auch die Einbuße am entgangenen Gewinn, wie die zukünftigen Folgen der erlittenen Schädigung mit umfaßt.

Dahingegen bei Würderung des Schadens nach Maaßgabe des pretium oder der quantitas oder als quanti res est iſt der Maaßſtab der aestimatio nach § 71 ein durchaus objectiver: indem der reale Gehalt des Güterbeſitzes in der Tauſchfähigkeit des Gutes gefunden wird; indem ferner ſolcher Tauſchgehalt ebenſo beſtimmt wird durch die Werthſchätzung, welche dem Gute Seitens der Geſammtheit der an der Gütercirculation in der bürgerlichen Geſellſchaft Betheiligten beigemeſſen wird, wie andrerſeits auch ſelbſt dieſe Werthſchätzung wiederum beſtimmt; indem ſodann ſolche Werthſchätzung bei den Tauſchgeſchäften der Verkehrenden in dem Marktpreiſe ihren Ausdruck findet; ſo ergiebt nun für den Schaden, der als Einbuße an ſolchem Preiſe aufgefaßt wird, ſolcher Preis des Gutes einen durchaus objectiven Maaßſtab: denn die bürgerliche Geſellſchaft iſt es, welche

785) Vgl. Cohnfeldt, Intereſſe § 8. — Juriſtiſch verliert allerdings der obige Satz zum Theil ſein practiſches Intereſſe durch die in § 74 unter a feſtzuſtellende Beſchränkung.

hier in dem Preiſe die Factoren des Rechenexempels liefert, deſſen Facit die Schäden-Würderung iſt. Dahingegen die individuelle Werthſchätzung des Gutes Seitens des Geſchädigten iſt für dieſen Modus der Würderung ein durchaus einflußloſer Moment: das Intereſſe des Geſchädigten ergiebt hier keinen für die aestimatio in Anſatz kommenden Factor, indem vielmehr deſſen Beeinträchtigung nur inſoweit ausgeglichen wird, als es durch den Preis des die Schädigung vermittelnden Objectes vertreten wird. Und demgemäß bleiben hier nun auch alle die ſubjective Werthſchätzung beſtimmenden Beziehungen als an und für ſich irrelevant ganz außer Betracht, ſo namentlich ebenſo das ſogen. Affectionsintereſſe:

Ped. bei Paul. 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33 pr.) und Paul. 2 ad leg. Jul. et Pap. (D. XXXV, 2, 63. pr.): pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum — funguntur,

wie auch die Stellung, welche das läbirte Object innerhalb des Geſammtvermögens, als deſſen Zubehör, einnimmt: vielmehr wird hier das Object, abgeſehen von der omnis causa oder pecuniären Bezüglichkeit (A. 778 fg.), durchaus iſolirt und als eine öconomiſch in ſich abgeſchloſſene Einheit gewürdert, als Beſtandtheil aber lediglich des in der bürgerlichen Geſellſchaft circulirenden Güterquantums in Betracht gezogen.

Und hierauf allenthalben nun beruht es, daß die Quellen das quanti interest als den dem Geſchädigten günſtigeren Modus der aestimatio auffaſſen:

Pomp. bei Paul. 17 ad Ed. (D. XLIII, 16, 6): saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est;

Ulp. 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1. pr.): id quod interest — interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet; 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 20), 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 2. § 13);

Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 1, 43): non — pretium continet tantum, sed omne quod interest;

und dem entſprechend nun auch in gewiſſen Fällen die normale Verhaftung auf quanti res est gleich als pönale Steigerung in eine Verhaftung auf quanti interest umgewandelt wird, ſo bei der reticentia wegen scientia des Veräußerers (§ 87 unter III)

oder bei cond. furtiva im Gegenſatze zu den übrigen condictiones (§ 81 unter III).

Gleichwohl aber liegt ſolches Verhältniß nicht in der Beſchaffenheit an ſich jener beiden Maaßſtäbe,[786]) als vielmehr lediglich in den dabei maaßgebenden Factoren, daher in gewiſſen Fällen auch wiederum das quanti res est den günſtigeren Maaßſtab der aestimatio für den Geſchädigten ergeben kann, ſo bei

Ulp. 38 ad Ed. (D. XLVII, 4, 1. § 16): illud verum est, si potest alias heres ad suum pervenire, non esse — hanc actionem (sc. adversus eum, qui testamento liber esse iussus surripuisse aut corripuisse quid dicitur) tribuendam, quum in id quod interest condemnatio fiat;

Paul. 37 ad Ed. (D. XXV, 5, 2. § 1): actio in id, quod agentis interest datur; ideo si id, quod ei abest, — servari possit, praeter sumtus — inutilis erit ei haec actio;

vgl. Nerat. bei Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 9. § 8): utilitas interdum minoris erit, quam res erit.

Im Allgemeinen aber iſt die aestimatio damni ein Subtractionsexempel, bei welchem der Minuendus in dem pecuniären Status gegeben iſt, wie ſolcher ohne Eintritt der Schädigung ſich berechnen würde, den Subtrahendus aber der Status bildet, wie ſolcher in Folge der eingetretenen Schädigung ſich ergiebt, und die Differenz nun die Aeſtimationsſumme: das quanto deterior res facta sit[787]) liefert (vgl. § 74). Als normale Ordnung ergiebt ſich daher aus dem Weſen der aestimatio, daß bei derſelben in Bezug auf den Minuendus und Subtrahendus derjenige pecuniäre Status in Anſatz gebracht wird, welcher zum Zeitpunkte vom Eintritte des ſchädigenden Vorganges ſich ergab, ſo daß in erſterer Beziehung der Status unmittelbar vor der erlittenen Einbuße, in der letzteren Beziehung aber der Status unmittelbar nach der erlittenen Einbuße in das Exempel eingeſtellt wird, die ſpäteren Vorgänge dagegen, welche nach jenem Zeitpunkte jenen

786) Unbegreiflicher Weiſe behauptet dies Mommſen, a. O. 17.

787) So Proc. bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XXI, 2, 16. § 2); Marcell. 20 Dig. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3); Pap. 2 Def. (D. XLVI, 2, 28); Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 13); Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 27. § 2) u. a. m.

pecuniären Status anderweit veränderten, außer Berückſichtigung bleiben. Und dieſe Ordnung griff in der That Platz bei drei verſchiedenen Klaſſen von Klagen[788]), und zwar

A. bei gewiſſen Delictsklagen mit Schadenerſatz werden die thatbeſtändlichen Verhältniſſe zum Zeitpunkte der Begehung des Delictes der Aeſtimation zu Grunde gelegt, nämlich bei

actiones furti nach der älteren Rechtstheorie: Pomp. 6 ad Sab. (D. XLVII. 2, 9. pr.), wozu vgl. Mommſen, a. O. II, 204. A. 9;

a. vi bonorum raptorum: Nerat. 1 Resp. (D. XV, 1, 55), Gai. 21 ad Ed. prov. (D. XLVII, 8, 5):

a. de servo corrupto: Ulp. 23 ad Ed. (D. XI, 3, 5. § 4), Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 6);

a. adversus eum, qui dolo malo fecerit, quo minus a praetore in possessionem missus admissus non sit: Ulp. 53 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 15. § 36);

a. de edendo adversus argentarium: Ulp. 4 ad Ed (D. II, 13, 8. § 1)[789]);

iudicium secutorium aus interd. quod vi aut clam: Labo bei Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 7. § 4), Ulp. cit. (D. cit. 11. § 8);

a. quod met. c. (vgl. A. 899): Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 11);

im Allgemeinen aber zweifelsohne bei allen Klagen, deren condemnatio auf interfuerit ſich concipirt (§ 71 unter II).

B. Bei den Contracts- und Quaſicontractsklagen werden regelmäßig die thatbeſtändlichen Verhältniſſe zum Zeitpunkte der ſchädigenden Handlung der Aeſtimation zu Grunde gelegt, ſo insbeſondere

788) Die nachſtehenden Beiſpiele von Klagen ergeben, daß in Beſtimmung dieſes Punktes die Rechtswiſſenſchaft mehrfach ſich unabhängig ſtellte von der Conception der Klagformeln oder reſp. des Edictes je auf erit oder auf fuerit.

789) Qui in hoc edictum incidit, id praestat, quod interfuit mea rationes edi, quum decerneretur a praetore, non quod hodie interest; et ideo licet interesse desiit, vel minoris vel pluris interesse coepit, locum actio non habebit neque augmentum neque deminutionem, wo dieſe beiden accusativi als graeci ſich ergeben und eine Emendation daher durchaus nicht geboten iſt.

1) bei den bon. fid. actiones, wie bei a ex stipulatu (ſ. A
1404 fg.) im Falle der Schädigung

a. durch einfache, nicht qualificirte Nichtleiſtung des Schuldob
jectes, wo maaßgebend iſt der Zeitpunkt des Judicates
als desjenigen Momentes, mit welchem die Schädigun
eintritt, ebenſo wie nach Maaßgabe von b der Ort de
Judicates:

Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 2): in — bonae fidei iudicii
— rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur
vgl. auch § 114 a. E.;

b. durch mora solvendi, wo maaßgebend iſt der Zeitpunkt de
Eintrittes der Mora, ſomit namentlich der Solutionster
min, ebenſo wie der Ort der Solution, ſowie, abweichen
vom obigem Geſetze, electiv der Zeitpunkt, wie Ort de
Judicates:

Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 3. § 3); vgl. A. 1010, ſowi
bezüglich der a ex stipulatu: Paul. 11 ad Sab. (D. I
11, 12. § 1);

c. durch vertretbare Vereitelung oder Beeinträchtigung de
Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, wo nac
Analogie von b und 2 b maaßgebend iſt der Zeitpunkt de
Eintrittes ſolcher Verkürzung, wie der Ort der Solution

d. durch delictähnliches Verhalten, ſo durch dolus malus ode
vis, durch reticentia oder Verweigerung der stipulati
duplae vel simplae, wo nach Analogie von A und b maaß
gebend iſt der Zeitpunkt der Begehung der Widerrecht
lichkeit, wie der Ort der Solution;

2) bei den stricti iur. actiones im Falle der Schädigung

a. durch mora solvendi, wie accipiendi, wo maaßgebend iſt de
Zeitpunkt des Eintrittes der Mora, ſomit namentlic
der Solutionstermin, ebenſo wie der vereinbarte Ort de
Solution, eventuell abweichend vom obigem Geſetze, de
Zeitpunkt wie Ort der Lit. Conteſtation:

Afric 8 Quaest. (D XVII, 1, 37) und Ulp. 27 ad Ed. (D. XII
3, 3) in § 137, ſowie Sab. bei Jul. 4 ex. Min. (D. XII,
22), Cass. bei Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 3, 4), Jul. 8
Dig. (D. XLV, 1, 59), Ulp. 20 ad Ed. (D. cit. 60) in A 1714

b. durch vertretbare Vereitelung oder Beeinträchtigung der Sc

lution nach ihrem ökonomiſchen Gehalte, wo maaßgebend iſt der Zeitpunkt des Eintrittes ſolcher Verkürzung, wie zweifelsohne auch der Ort der Solution:

Serv. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3), Cels. 5 Dig. (D. XLII, 1, 11) und bei Ulp. cit.; ſ. § 98 unter 1 b.

c. Bei der formula petitoria werden die thatbeſtändlichen Verhältniſſe zum Zeitpunkte des Judicates, als dem Momente, wo durch die Nichtreſtitution die Schädigung begangen wird, und ſo zweifelsohne auch am Orte des Judicates zu Grunde gelegt:

Trebat. Jul. und Pomp. bei Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 33) und bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 17 § 1); ſ. A. 976.

Jene normale Ordnung hat jedoch das röm. Recht in mehrfachen Beziehungen aufgegeben, vielmehr ſtatt deſſen andere Normen für die Aeſtimation aufgeſtellt. Und zwar treten ſolche Abweichungen in zwei verſchiedenen Gruppen auf, inſofern

1) in Bezug auf den Minuendus und Subtrahendus ein anderer Zeitpunkt der Fixirung des pecuniären Status vorgeſchrieben iſt, ſo daß auf Grund deſſen die Vorgänge, welche nach oder reſp. vor Eintritt der Schädigung den hieraus ſich ergebenden Status ſei es zum Vortheile, ſei es zum Nachtheile des Geſchädigten verändern, bei der Aeſtimation mit in Anſatz gebracht werden. Jener andere Zeitpunkt aber iſt

a. bei den bon fid. actiones im Falle der mora solvendi electiv der Zeitpunkt, wie auch Ort des Judicates: unter B 1 b;

b. bei den bon. fid. actiones im Falle der mora accipiendi der Zeitpunkt der Lit. Cont., wie auch electiv der Ort der Lit. Cont. oder der gegebene Solutionsort:

Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 3. § 4) ſ. A. 1013;

c. bei den stricti iuris actiones im Falle der einfachen, nicht qualificirten Nichtleiſtung des Schuldobjectes unbedingt und bei mora solvendi und accipiendi eventuell der Zeitpunkt[790]) der Lit. Cont. und der vereinbarte Solutionsort, eventuell der Ort der Lit. Cont.:

Afric. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 37); Pap. 2 Def. (D. XLVI, 2, 28);

790) Wegen der abweichenden Theorie des Serv. ſ. § 119.

Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 2); ſ. bei A. 1222; ſo-
wie Sab. und Cass. in A. 1714;

2) in anderen Fällen wiederum, beſtimmt durch den Geſichts-
punkt einer pönalen Steigerung der Schadenerſatzpflicht
lediglich in Bezug auf den Minuendus ein anderer Zeit-
punkt der Fixirung des pecuniären Status vorgeſchrieben
iſt, nämlich

a. ein gewiſſer Zeitraum vor und bis zum Eintritte des ſchädi-
genden Vorganges und zwar der Zeitraum eines Jahres
oder reſp. eines Monates bei a. damni iniuria dati aus
der lex Aquilia c. I und III (ſ. A. 47. 1473):

Jul. 86 Dig. (D. IX, 2, 51. § 2) und bei Ulp. 18 ad Ed. (D
cit. 23. § 3); Ulp. cit. (D. cit. 21. § 1);

b. theils wiederum der Zeitraum vom Eintritte des ſchädigen
den Ereigniſſes ab bis zum Judicate: bei

actiones furti nach einer ſpäteren Rechtstheorie: Ulp. 37 a
Ed. (D. XLVII, 2, 50 pr.);

condictio furtiva: Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 1, 8. § 1); vg
A. 1671; 1675; Voigt, Cond. ob. caus. A. 253;

a. rerum amotarum: Tryph. 11 Disp. (D XXV, 2, 29);
a. damni in turba dati: Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 8,
§ 11).

Im Uebrigen wird diejenige Aeſtimation, welche die thatb
ſtändlichen Verhältniſſe zum Zeitpunkte der Begehung des Deli
tes oder der Lit. Cont. oder des Judicates zu Grunde legt, a
aestimatio praesentis damni oder temporis oder praesens aest
matio, dahingegen diejenige, welche frühere Vorgänge zu Grun
legt, als aestimatio praeteriti damni oder temporis bezeichnet.[79]

---

791) So wird die Aeſtimation unter 1c bezeichnet als praesens aes
matio von Pap. 2 Def. (D. XLVI, 2, 28), wozu vgl. Ver. und Ant. Ph
bei Callistr. 3 de Jur. fisc. (D. XLIX, 14, 3. § 5), Ulp. 23 ad Ed. (D. X
3, 5. § 4), und die Aeſtimation unter 2b als aestimatio praesentis tempo
von Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 4. § 11); dagegen die Aeſtimation un
A von Paul. 19 ad Sab. (D. XI, 3, 6) als aestimatio praeteritae utilita

§ 73.

Der Schadenersatz und die zum Schadenersatze verpflichtenden Vorgänge.

Der Eintritt eines schädigenden Vorganges, der somit die den Schaden ergebende nachtheilige Einbuße herbeiführt, ist an und für sich ein Ereigniß von rein öconomischer, nicht aber von juristischer Bedeutung. Diese letztere gewinnt vielmehr solcher Vorgang erst dadurch, daß das Recht gewisse juristische Nachtheile für einen Dritten damit verknüpft. Und diese Rechtswirkungen selbst sind wiederum vierfältig: bald poena, bald noxae datio, bald Nullität oder Rescissibilität eines Rechtsgeschäftes, bald endlich Schadenersatz d. i. die Reparirung des von Jemandem erlittenen Schadens Seitens eines Anderen, ein Verhältniß, dessen alttechnische Bezeichnung noxa die röm. Rechtssprache bereits frühzeitig aufgegeben hat, ohne dafür einen entsprechenden technischen Ausdruck zu adoptiren.[792])

Demnach ergeben einen Gegensatz zum Schadenersatz ebenso die noxae datio, so z. B. bei

Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 1, 61. § 1): uti—aut damnum decidas aut pro noxae deditione hominem relinquas

als auch die reine d. h. vom Schadenersatze ganz abgesonderte poena, wie solche Object der actio poenalis ist, so bei

Ulp. 1 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 4. § 7): in eum (sc. adversus magistratum municipalem, qui damni infecti nomine neque caveri, neque in possessione esse curaverit) — quanti ea res est — iudicium datur, quod — ad utilitatem venit, non ad poenam; 12 ad Ed. (D. XXVII, 6, 7. § 2): quod ait praetor „Quanti ea res erit" magis puto non poenam, sed veritatem his verbis contineri; vgl. § 71.

Und wiederum Beispiele, wo die Schädigung annullirend oder

792) S. Voigt, Bedeutungswechsel gewisser — techn. lat. Ausdrücke 133 fg. Man verwendete als Umschreibung die Ausdrücke praestare damnum, dolum, culpam oder negligentiam oder diligentiam oder custodiam, casum oder periculum d. h. ebenso den Schaden ersetzen, wie auch verpflichtet sein zum Schadenersatze; vgl. Schilling, Inst. § 232 Zus. Brisson, de V. S. s. v. praestare.

rescindirend wirkt, bieten in ersterer Beziehung der error in re oder in sexu, in letzterer Beziehung die Fälle der a. redhibitoria.

Dennoch aber tritt der Schadenersatz durch das Mittel der actio auch wieder in eine Verbindung mit der poena, insoweit die actio mixta zugleich Schadenersatz und poena verfolgt, und dies zwar in der zwiefachen Modalität, daß der Schadenersatz entweder an Stelle der poena und deßhalb selbst pönal qualificirt oder aber mit der poena einheitlich verbunden Jemandem auferlegt ist. Somit daher ergeben sich als die verschiedenen Erscheinungsformen des Schadenersatzes:

1) der reine Schadenersatz, verfolgt durch sogen. actio rei persecutoria, und zwar

a. bald ohne pönale Qualificirung, somit rein reipersecutorisch, wie z. B. bei condictio triticaria oder bon. fidei actio;

b. bald mit pönaler Qualificirung, wie z. B. bei condictio furtiva und actio rerum amotarum (§ 72 unter 2b);

2) der mit poena durch die Einheit der bezüglichen Klage der actio mixta verbundene Schadenersatz, wobei wiederum

a. entweder der Schadenersatz mit pönaler Qualificirung an Stelle der poena tritt, wie bei actio damni iniuria dati und damni in turba dati (§ 72 unter 2 b. c.);

b. oder der Schadenersatz neben die poena tritt und mit dieser zusammen das Klageobject ergiebt, so bei den actiones furti bis zur Schaffung der condictio furtiva, bei actio vi bonorum raptorum (s. A. 1750) und quod metus causa.

Der Schadenersatz selbst nun kann bestehen ebensowohl in einem Geldäquivalente, wie aber auch in Naturalrestitution der vom Beschädigten erlittenen Einbuße durch Redintegrirung des bis zum Eintritte des schädigenden Vorganges bestandenen pecuniären Status, resp. sammt Beseitigung der daraus später noch erwachsenen Nachtheile. Beide Modalitäten der Ersatz-Leistung stehen frei bei außergerichtlicher Leistung; dagegen bei gerichtlicher d. h. durch Klage vermittelter Ersatz-Leistung wird die letztere Modalität durch die richterliche pronuntiatio in den arbitrariae actiones, die erstere dagegen in der richterlichen condemnatio dem Beklagten auferlegt.

Im Besonderen nun der Schadenersatz, welcher als Geldäquivalent zur Ausgleichung der von Jemandem erlittenen

nachtheiligen Einbuße demſelben von einem Anderen zu leiſten iſt, hat zu ſeiner Vorausſetzung einen nach Geld äſtimabelen Schaden, ſomit eine Einbuße an einem Gute, welches ſelbſt in Geld abſchätzbar iſt, ein Moment, welchen die Römer durch pecunia lui posse, recipere aestimationem bezeichnen,[793]) wogegen die Inäſtimabilität des Gutes bezeichnet wird theils durch pecunia lui non posse, non recipere aestimationem, aestimationem fieri non posse, inaestimabile esse,[794]) theils durch infinitam aestimationem esse.[795])

Die Entſcheidung an ſich nun über die Aeſtimation des Gutes iſt zunächſt abhängig von den concreten thatbeſtändlichen Verhältniſſen, ſomit von der Frage, ob im concreten Falle und je nach dem die betreffende Klage stricti iuris oder bonae fidei iſt die Anſätze des Subtractions-Exempels ſich gewinnen laſſen, deſſen es bedarf, um in der zu berechnenden Differenz die Aeſtimations- und Erſatz-Summe zu finden. Ein Beiſpiel der Unmöglichkeit deſſen bietet innerhalb des strictum ius der Fall, wo ein Schiff durch die Fahrläſſigkeit des Schiffsvolkes in Fiſchernetze geräth und dieſelben zerreißt und wo nun Sab. und Proc. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 29. § 3) entſcheiden: ubi damnum iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, quum incertum fuerit, an caperentur; wohingegen wiederum bei der emtio spei, ſomit bei bon. fid. actio Cels. 27 Dig. (D. XIX, 1, 12) entſcheidet: si iactum retis emero et iactare retem piscator noluit, incertum eius rei aestimandum est, eine Verſchiedenheit der Entſcheidung, welche auf der Verſchiedenheit des officium iudicis in beiden Fällen nach Maaßgabe von § 66 beruht.

793) Pecunia lui praestarique posse: Octaven. bei Ulp. 28 ad Sab. (D. XL, 7, 9. § 2), recipere aestimationem: Cels. 6 Dig. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 6, 26. § 12).

794) Pecunia lui non posse: Octaven. in A. 793 cit. — Non recipere aestimationem: Gai. 6. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7. IX, 1, 3), Ulp. 23. 48 ad Ed. (D. IX, 3, 1. § 5. 1, 8, 9. § 5). — Aestimationem fieri non posse oder ähnlich: Paul. 34 ad Ed. (D. XIV, 2, 2. § 2), 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 5). — Inaestimabile esse: Paul. 2 ad Ed. (D. L, 17, 106), Marcian. 8 Just. (D. XXX, 1, 114. § 8).

795) Lab. bei Venul. 15 Stip. (D. XLVI, 8, 8. § 2): aestimatio ad infinitum extenditur; Paul. 13 ad Plaut. (D. L, 17, 176. § 1): infinita aestimatio est.

Sodann ist aber auch jene Entscheidung abhängig davon, ob ein Gut an und für sich empfänglich ist für eine Geldschätzung, ein Moment, der nicht a priori, als vielmehr rein historisch und je nach Zeit, wie Volk verschieden sich bestimmt. Denn während z. B. das germanische Recht in seinem Wehrgelde und seiner Sachsenbuße, wie in seinem Schmerzensgelde das Leben und die Freiheit, wie die Schmerzempfindung des freien Menschen als Güter und resp. als einen Nachtheil anerkannte, welche für eine Schätzung nach Geld empfänglich waren, so hat das röm. Recht hierin einen unendlich höheren und idealeren Standpunkt eingenommen und die Aestimabilität einer größeren Anzahl von Gütern versagt, nämlich den Statusrechten und so insbesondere der libertas, wie der Familienangehörigkeit,[796]) sodann der patria potestas[797]) und dem Patronate,[798]) wie dem Leben[799]) und der körperlichen Integrität des Freien,[800]) wogegen ausnahmsweise die sittliche Integrität der Hauskinder als ästimabel anerkannt worden ist.[801]) Vielmehr wird, abgesehen von letzterer Ausnahme, die Aestimabilität nur beigelegt dem Vermögensobjecte, und als sol-

796) Libertas: Lab. bei Venul. 15 Stip. (D. XLVI, 8, 8. § 2), Octav. bei Ulp. 28 ad Sab. (D. XL, 7, 9. § 2), Paul. 2 ad Ed. (D. L, 17, 106), 18 ad Plaut. (D. L, 17, 176. § 1): infinita aestimatio est libertatis et necessitudinis; Modest. 5 Pand. (D. XLV, 1, 103). — Und darauf beruht, daß bei causae liberales exceptioneller Weise das sacramentum in absolut fixirter Summe angesetzt ist: A. 855. — Familienangehörigkeit: Paul. 13 ad Plaut. cit.

797) Marcian. 8 Inst. (D. XXX, 1, 114. § 8).

798) Ulp. 15 ad Ed. (D. L, 17, 126. § 1), Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 5). Der Widerspruch von Paul. cit. (D. XIX, 1, 45. § 2), 5 ad Sab. (D. XXI, 2, 26) ist, wie Mommsen a. O. 151 A. 11 darlegt, sicher nur ein scheinbarer und erklärt sich daraus, daß hier die operae liberti in das Auge gefaßt sind: A. 808; anders im Uebrigen Mommsen, a. O. Dem entsprechend hat im Formularprocesse, wo ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est (Gai. IV, 48), bei Klagen über alle die vorbezeichneten Rechte die Formel keine condemnatio, sondern ist praeiudicialis.

799) Ulp. 23 ad Ed. (D. IX, 3, 1. § 5), Paul. 34 ad Ed. (D. XIV, 2, 2. § 2).

800) Gai. 6. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7. IX, 1, 3). Anders jedoch die XII Taf.

801) Paul. 19 Ed. (D. XI, 3, 14. § 1).

ches wiederum werden anerkannt einzig und allein die folgenden sechs Objecte:[802])

1. Die res oder ipsa res, als Object des Eigenthumsrechtes,[803]) sowie der in potestate befindliche Freie, insofern derselbe nach seiner pecuniären Capacität Object der dinglichen Zugehörigkeit des Gewalthabers ist;[804])
2. possessio d. i. die Sache als Object des juristischen oder des abgeleiteten Besitzes;[805])
3. ius d. i. ius in re aliena;[806])

---

802) Vgl. Ulp. 59 ad Ed. (D. L, 16, 49): in bonis — nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur; Paul. ad l. Falc. (D. XXXV, 2, 1. § 7): omne quod ex bonis defuncti erogatur — sive in corpore constat certo incertove sive pondere, numero, mensura valeat, aut etiam si ius legatum sit, ut ususfructus aut quod in nominibus est; vgl. Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 2. § 22), Inst. Just. IV, 2, 2. — Ulp. 14 ad Ed. (D. L, 16, 23): rei (Vermögen) appellatione et causae (Rechtsverhältnisse als Quelle von Rechtsansprüchen: Voigt, Cond. ob caus. § 10 unter 5) et iura continentur. — Hermog. 2 Jur. Ep. (D. L, 16, 222): pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli, quam mobiles et tam corpora, quam iura continentur.

803) Voigt, Cond. ob caus. § 47 unter 1. — Justinian. im Cod. IV, 18, 2. § 1: possibile est omnes res in pecuniam converti. Si enim certa domus vel certus ager vel certus homo vel alia res — in constituendis rebus ponatur, quid distat a nomine ipsius pecuniae? Ausgeschlossen bleiben jedoch die res extra commercium, so Ulp. 48 ad Ed. (D. I, 8, 9. § 5): res sacra non recipit aestimationem.

804) So z. B. Jul. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 7. pr.): qua actione (sc. leg. Aquiliae) patrem consecuturum, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus; Gai. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 1, 3).

805) Voigt, a. O. unter 2; so z. B. Pomp. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 21, 2); Ulp. 72 ad Ed. (D. XLIII, 4, 1. § 5): haec verba: „Quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit" continent utilitatem creditoris, ut quantum eius interest possessionem habere, tantum ei, qui prohibuit, condemnetur; vgl. auch Jav 4 Ep. (D. XLVII, 2, 74).

806) Voigt, a. O. unter 3 und A. 281a; vgl. z. B. Lab. bei Ulp. 17 ad Ed. (D. VIII, 5, 4. § 2): in negatoria actione fructus computantur, quanti interest petitoris non uti fundi sui itinere adversarium; Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 26, 8. § 5).

4. obligatio: das Forderungsrecht, sowie
5. liberatio: die Aufhebung eines Forderungsrechtes;[807]) endlich
6. operae mercenariae oder fabriles d. i. die menschliche Arbeitskraft nach Seiten ihrer psychischen, wie physischen Leistungsfähigkeit, insoweit solche operae „locari solent".[808])

Hieraus daher ergiebt sich, daß dem Ersatze an Geld nicht der Schaden schlechthin unterliegt, sondern lediglich der Vermögensschaden (A. 745), und wiederum nicht der Vermögensschaden schlechthin, sondern lediglich der, sei es unmittelbar, sei es mittelbar, an einem Vermögensobjecte erlittene Vermögensschaden (§ 69) ;oder mit anderen Worten ästimabeler Schaden ist lediglich derjenige Vermögensschaden, welcher in der Einbuße an einem Vermögensobjecte besteht, und dieser Schaden allein auch unterliegt der Schadenersatzpflicht. Und damit gestaltet sich nun der Schadenersatz der richterlichen condemnatio zu derjenigen Geldsumme, welche als Aequivalent für die von Jemandem erlittene nachtheilige Einbuße an einem Vermögensobjecte demselben von einem Anderen zu leisten ist.

Die schädigenden Vorgänge selbst aber, mit denen das Recht die Pflicht zum Schadenersatze verknüpft, zerfallen in zwei verschiedene Gruppen, nämlich

I. rechtmäßige Vorgänge d. h. die Verwirklichung von Thatbeständen, welche die ordnungsmäßigen Entstehungsgründe von Befugnissen und Verbindlichkeiten sind, wie solche innerhalb geschäftlicher Verhältnisse: contractus und quasi contractus obliegen. Und zwar begründen solche Thatbestände die Verbindlichkeit zum Schadenersatze auf doppeltem Wege:
   A. auf Grund besonderer vertragsmäßiger Vereinbarung, und zwar auf Grund
      1. bald eines Nebenvertrages, so eines pactum adiectum, wie nach Pomp. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7 § 15),

---

807) Voigt, a. O. § 48. 49.

808) Voigt, a. O. A. 272. 273. So z. B. Gai 6 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7): quum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes — operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est; 7 ad Ed. prov. (D. IX, 1, 3); Cels. 6 Dig. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 6, 26. § 12); vgl. A. 1532.

Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1 § 6. 35), 29 ad Sab. (D. L, 17 23), wozu vgl. Schilling, Inſt. § 234 p—r. Mommſen, Beitr. I, 273 ff.; oder in der cautio ratam rem haberi, iudicio sisti, stipulatio duplae vel simplae, beim foenus nauticum;

2. bald eines Hauptvertrages, wie bei cautio damni infecti, wobei der Erſatz des damnum im Allgemeinen und zwar des quanti interest (§ 142 unter III b) für den Fall übernommen wird, daß ein gewiſſes detrimentum im Beſonderen, quod ex ipsa re oritur (A. 757 b) eintreten ſollte: Procul. bei Ulp. 81 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 26), Ulp. cit. (D. cit. 24 § 3).

B. auf Grund der natura negotii: der unmittelbar durch das Recht gegebenen Beſtimmung des Beſtandes und Gehaltes von Befugniſſen und Verbindlichkeiten der Intereſſenten, wie ſolcher für das Stadium der Unverletztheit der Obligation maaßgebend iſt (§ 89).

II. Rechtswidrige Vorgänge oder Rechtsverletzungen: Handlungen, zu denen einestheils der Handelnde kein Recht hatte und die ſomit eine iniuria im objectiven Sinne enthalten,[809]) und bei denen anderſeits den Handelnden eine culpa: Dolus oder Culpa trifft (A. 757 a). Und zwar claſſificiren ſich dieſe Rechtsverletzungen je nach der Grundlage des verletzten Rechtes als

A. Verletzung der durch contractus oder quasi contractus begründeten principalen Verbindlichkeit; und hierunter ſubſumiren ſich folgende Fälle der Rechtsverletzung:

1. mora solvendi und accipiendi, ſomit Rechtsverletzung nach der Kategorie der Zeit;

---

809) Lex col. Jul. Genet. v. 710 c. 100: quot sine privat[i] iniuria fiat; Paul. 64 ad Ed. (D. L, 17, 151): nemo damnum (sc. quod praestandum est) facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet; Ulp. 81 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 24. § 3): damnum, quod iniuria fit; vgl. Schilling, Inſt. § 233 c. Andrerſeits Gai. 2 de Test. (D. L, 17, 55): nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur. Vgl. § 68. — Beiſpiele bieten Pomp. 33 ad Sab. (D. VIII, 2, 27. pr.), Sever. im C. Just. VIII, 14, 3. und bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 29. § 1).

mit Dolus, oder der Culpa mit Dolus oder Culpa, nicht aber des Dolus mit Culpa.[812])

In allen jenen Fällen hat aber die Verbindlichkeit zum Schadenersatze, die Jemandem auferlegt ist, einen verschiedenen Effect für den Ersatz-Berechtigten, insofern dessen Schadenersatz-Anspruch je nach der Verschiedenheit des Falles:

aa. eine Obligation neu begründet: im Falle unter I A, II B 1—3;

bb. an Stelle einer begründeten anderen Obligation tritt, so die actio quanti minoris oder redhibitoria wegen Nichterfüllung des die Abwesenheit von morbi vitiave zusichernden dictum promissum;

cc. eine bestehende andere Obligation modificirt: im Falle unter I B;

dd. zu einer bestehenden anderen Obligation oder zu einem dinglichen Rechtsanspruche als Nebenanspruch hinzutritt, so in ersterer Beziehung im Falle unter II A, in letzterer Beziehung im Falle unter II B 4.

§ 74.

Die Quantificirung des Schadenersatzes.

An sich unabhängig von dem zwiefältigen Maaßstabe der Bemessung, wie Würderung des Schadens je nach Werth und

812) Im Allgemeinen: Pap. 11 Quaest. (D. XXIV, 3, 39). Compensatio doli mali (Argliſt) als Sondervorkommniß der Compenſation von Dolus: Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 13), Jul. 2 Dig. (D. II, 10, 3. § 3), Paul. 5 ad Plaut (D. XVIII, 1, 57. § 3), Marcian. 2 Reg. (D. IV, 3, 36) und ſo namentlich auch bei socii delicti: Jul. 3 Dig. (D. III, 5, 30), Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 14), ſowie in dem Rechtsſatze, daß wider die exc. doli keine replicatio doli gegeben wird, wie durch compensatio doli jene exc. ipso iure unwirkſam wird: Lab. und Marcell. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 13), Ulp. 70 ad Ed. (D. L, 17, 154). Compensatio culpae, z. B. Alfen. 2 Dig. (D. IX, 2, 52. pr.), Ulp. 63 ad Ed. (D. XVI, 2, 10. pr.) u. a. m. Vgl. § 82 unter I B 1 a; Pernice, Sachbeſchädigung 58 fg. Demelius im Jahrb. f. Dogmat. V, 2. Bei der mora tritt jedoch eine Modification ein nach dem Principe: posterior mora nocet: Pomp. 31 ad Qu. Muc. (D. XVIII, 7, 17), Ulp. 37 ad Ed. (D. XXIV, 3, 27), oder: creditori sua mora nocet: Lab. 5 Post. (D. XIX, 2, 51. pr.) und bei Pomp. cit.

Preis (§ 71. 72) iſt der Modus der Quantificirung des Schadenerſatzes, ſomit der Fixirung des Geldäquivalentes für die nachtheilige Einbuße an einem Vermögensobjecte. Vielmehr wird das Quantum des Schadenerſatzes in dem röm. Rechte ebenſowohl beſtimmt durch Verweiſung auf das Facit einer Würderung des erlittenen Schadens, ſomit derjenigen Berechnung, durch welche der am Vermögensobjecte erlittene Vermögensſchaden auf Geld reducirt wird (§ 72), als aber auch durch eine andere Modalität einer Summen-Beſtimmung. Hiernach ergiebt ſich daher ein mehrfältiger Maaßſtab der Quantificirung des Schadenerſatzes, und zwar

A. ein abſtracter Maaßſtab, bei dem die Erſatzſumme nicht nach dem Betrage der in concreto von dem Geſchädigten erlittenen Einbuße, ſondern nach einem hiervon unabhängigen Factor ſich beſtimmt, ſo daß demnach in concreto lediglich der Beweis der beſchehenen Rechtsverletzung, weder aber der erlittenen Schädigung, noch auch die Eruirung des Betrages des erlittenen Schadens und deſſen Aeſtimation erforderlich ſind. Und hier nun iſt der Maßſtab wiederum ein zwiefältiger, nämlich

1. ein abſoluter Maaßſtab, wobei die ziffermäßige Beſtimmung der Erſatzſumme durch das Geſetz unmittelbar gegeben und ſomit auch unabhängig iſt von den Preis- oder Werthverhältniſſen des Vermögensobjectes ſelbſt, an welchem die Einbuße erlitten ward. Und dies nun iſt dann der Fall, wenn das Recht ſelbſt die Erſatz-Summe in Cardinalzahl fixirt, wie z. B. bei der a. de arboribus succisis der XII Taf., wo für jeden Baum eine Erſatzſumme von 25 Aſſen ausgeworfen war; [813])
2. ein relativer Maaßſtab, wobei die ziffermäßige Beſtimmung der Erſatzſumme nur mittelbar durch das Geſetz gegeben iſt, durch Verweiſung nämlich auf den Preis des Vermögensobjectes, an welchem die Einbuße erlitten iſt. Und dies beſchieht in der Weiſe, daß entweder das

813) Plin. H. N. XVII, 1, 7. Dies iſt reiner Schadenerſatz: als poena tritt daneben noch Körperſtrafe: Gai. 1 ad XII tab. (D. XLVII, 7, 2), Paul. Sent. rec. V, 20, 6.

pretium rei ohne Weiteres und ſchlechthin als Erſatzſumme geſetzt wird: in der Beſtimmung des Schadenerſatzes als quanti res est oder erit oder fuerit. oder aber daß das pretium rei als die Einheit geſetzt wird, deren Procentſatz die Erſatzſumme ergiebt, wobei dann dieſer Procentſatz wiederum bald in Proportionalzahl, bald in Diviſionszahl fixirt iſt. Und zwar iſt in dem letzteren Falle der Procentſatz eine Quote des quanti res est, ſo z. B. bei den usurae officio iudicis applicatae und insbeſondere bei den usurae ex mora, dagegen in dem erſteren Falle ein multiplex des quanti res est, ſo das duplum bei dedicatio rei litigiosae in sacrum;

B. ein concreter Maaßſtab, bei dem die Erſatzſumme in dem Betrage der in concreto von dem Geſchädigten erlittenen Einbuße gegeben iſt, ſomit im einzelnen Falle nicht allein der Beweis der erlittenen Schädigung, ſondern auch die Eruirung des Betrages des erlittenen Schadens und deſſen Aeſtimation erforderlich ſind. Und dieſer Maaßſtab greift wiederum Platz

1. beim quanto minoris res est oder fuerit, wo die erlittene Einbuße an dem pretium rei die Erſatzſumme ergiebt; wie
2. beim quanti interest oder intererit oder interfuerit, wo die erlittene Einbuße an der veritas rei oder utilitas die Erſatzſumme bietet, und zwar bald als die Erſatzſumme ſelbſt, bald aber auch als deren Einheit, wie bei dem duplum der a. adversus eum, qui testamento liber esse iussus surripuisse aut corripuisse quid dicitur (§ 71 unter B II bb.).

Was nun insbeſondere das pretium rei bei Quantificirung des Schadenerſatzes betrifft, ſo ergiebt daſſelbe bei der Quote, beim multiplex und beim quanto minoris est die Einheit für die Summe des Schadenerſatzes, bei dem quanti res est dagegen dieſe Erſatz-Summe ſelbſt. Im Beſonderen aber wird das pretium namentlich in der zwiefältigen Modalität, wie ſolche aus § 71 unter B I ſich ergiebt, als Maaßſtab des Schadenerſatzes von dem Rechte hingeſtellt, theils nämlich als quanti res est, wobei die Summe des Schadenerſatzes gegeben iſt in dem geſammten und vollen pretium des betreffenden Vermögensobjectes, theils auch als das quanti

oder quanto minoris res est, wobei die Summe des Schadenersatzes gegeben ist in der Differenz zwischen dem Preise des betreffenden Vermögensobjectes vor und nach Eintritt des schädigenden Vorganges, was allerdings dann, wenn diese Differenz zum Betrage des gesammten Preises ansteigt, practisch dem quanti res est gleichkommt.[814]) Demgemäß aber waltet zwischen beiden Modalitäten der Quantificirung des Schadenersatzes der wichtige Unterschied ob, daß lediglich bei dem quanto minoris est die Summe des Schadenersatzes das Product eines Rechenexempels ist, bei welchem das pretium vor Eintritt des schädigenden Vorganges den Minuendus, das pretium nach Eintritt dieses Vorganges den Subtrahendus, und die Differenz nun die Ersatz-Summe ergiebt; wogegen bei dem quanti res est die aestimatio rei: die Würderung des Vermögensobjectes nach seinem Marktpreise unmittelbar und ohne weiteres Rechenexempel zugleich auch die Quantificirung des Schadenersatzes darbietet. Oder mit anderen Worten, im ersteren Falle wird als Schadenersatz gewährt die Einbuße am Marktpreise des betreffenden Vermögensobjectes, welche der Geschädigte erlitt, im letzteren Falle dagegen der Marktpreis selbst.

Gleichmäßig aber bei allen Schadenersatz-Bestimmungen unter A 2 und B 1, denen das pretium rei zu Grunde liegt und so namentlich auch bei dem quanti res est, wie dem quanto minoris est ist es dieses pretium allein, welches den die Ersatz-Summe bestimmenden Factor ergiebt, so daß alle weiteren, darüber hinaus liegenden Momente, wie namentlich der indirecte Schaden oder das Affectionsinteresse oder der entgangene Gewinn ohne alle Relevanz verbleiben (§ 71 a. E. 72), nicht minder aber auch die späteren Folgen des Schadens nicht über den Zeitpunkt hinaus in Ansatz kommen können, auf welchen die aestimatio rei sich fixirt. Dahingegen umfaßt auch bei dem pretium rei der Begriff

814) So z. B. die bon. fid. a. wegen reticentia des nesciens richtet sich nicht auf quanti res est, sondern nur auf quanto minoris est: A. 1041. Wird jedoch durch die verschwiegenen Fehler das Object der Veräußerung ganz werthlos, so erstreckt sich das quanto minus auf das volle pretium rei oder in dessen Stellvertretung auf Prästation einer anderen gleichartigen fehlerfreien res: Lab bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 4); vgl. Voigt im Arch. f. Civ. Pr. LIV, 225.

res nicht lediglich die res principalis, ſondern auch deren omnis causa (A. 778), da die letztere zu der erſteren in das Verhältniß eines äußeren Anhanges, einer accessio von dem Rechte geſtellt iſt, ſomit aber juriſtiſcher Theil eines durch das Recht geſetzten Ganzen iſt; und ebenſo unterfällt dem pretium rei nicht bloß die res singularis, ſondern auch die ſogen. universitas facti (vgl. jedoch A. 779).

Was dagegen das quanti interest bei Quantificirung des Schadenerſatzes nach dem Maaßſtabe unter B 2 betrifft, ſo dient hier die utilitas des Geſchädigten als Rechnungsfactor für Beſtimmung der Summe des Schadenerſatzes, wobei wiederum jener Factor bald die Einheit für die Erſatzſumme, bald aber auch unmittelbar dieſe Erſatzſumme ergiebt. Beidemal aber iſt die Summe des Schadenerſatzes oder deren Einheit gegeben einzig und allein in der Einbuße des Geſchädigten an dem Werthe des Vermögensobjectes oder in deſſen Einbuße an ſolchem Objecte nach dem Maaßſtabe ſeiner dabei engagirten pecuniären Intereſſen, nicht aber in dem Werthe ſelbſt des Vermögensobjectes. Das Intereſſe daher: die utilitas, oder der Werth des Gutes, inſofern daſſelbe bei dem quanti interest den Factor für die Quantificirung der Erſatzſumme ergiebt, kommt demnach niemals, entſprechend wie beim quanti res est, als Intereſſe und Werth an ſich oder als voller Geſammtbetrag von Beiden ſchlechthin in Anſatz, ſondern vielmehr lediglich als Differenz nach Maaßgabe des Intereſſe oder als Werthdifferenz. Und demgemäß beſteht die Quantificirung des quanti interest niemals in der Ermittelung des Betrages allein vom Werthe des lädirten Objectes oder von der Benachtheiligung des hierbei engagirten Intereſſes, als vielmehr ſtets in der Ermittelung der Differenz, welche zwiſchen dem Werthe des Gutes vor Eintritt des ſchädigenden Vorganges, — als dem Minuendus, — und nach Eintritt ſolchen Vorganges, — als dem Subtrahendus, — obwaltet, wobei nun die Differenz allerdings auch dem Betrage des geſammten Werthes vor Eintritt des ſchädigenden Vorganges gleichkommen kann.[815])

Und auf dieſem Sachverhalte beruht nun auch die in § 71

815) So z. B. die bon. fid. a. wegen reticentia des sciens richtet ſich auf quanti interest: § 87 unter III. Iſt nun der verſchwiegene Fehler der Art, daß er das Intereſſe des Abkäufers an dem Kaufobjecte ganz aufhebt,

feſtgeſtellte Terminologie: während bei dem quanti res est für die Erſatzpflicht der Schaden ſich bemißt als Preis ſchlechthin: als quantitas pretii oder quantitas ſchlechthin, ſo bemißt ſich bei dem quanti interest der Schaden nicht als Werth ſchlechthin, ſondern lediglich als Wirklichkeit (A. 765): veritas d. h. als Betrag der in Wirklichkeit eingetretenen Werths-Differenz oder Schädigung.

Bei dem id quod interest kommen nun für die Quantificirung des Schadenerſatzes in Anſchlag nicht bloß die gegenwärtigen, ſondern auch die zukünftigen Folgen des ſchädigenden Vorganges und zwar die Letzteren nicht bloß bis zu dem Zeitpunkte herab, wo die aestimatio damni erfolgt, ſondern auch noch über dieſen Zeitpunkt hinaus;[816]) und nicht minder auch der indirecte Schaden. Allein theils bezüglich des Letzteren, theils bezüglich des auf dem ſogen. Affectionsintereſſe beruhenden Vermögensſchadens, theils aber auch bezüglich dieſer Modalität der Quantificirung des Schadens im Allgemeinen ſtellt das röm. Recht gewiſſe Beſchränkungen der Erſatzfähigkeit der an dem Werthe erlittenen Einbuße auf. Während nämlich

a. das quanti interest an und für ſich durch das ſogen. Affectionsintereſſe inſoweit beeinflußt wird, als das Letztere für die pecuniäre Werthſchätzung eines Gutes Seitens ſeines Inhabers mit maaßgebend iſt (bei A. 785), ſo ſchließt nun das röm. Recht den Werth des Vermögensobjectes, inſoweit derſelbe ſo durch das Affectionsintereſſe des Geſchädigten beſtimmt wird, bei der Quantificirung des Schadenerſatzes von dem Rechnungs-Anſatze aus: nur derjenige Werth ſolchen Objectes wird in Anſatz gebracht, welcher auf deſſen Dienſtbarkeit für die pecuniären Intereſſen an ſich, nicht auch für die anderweiten Intereſſen ſeines Inhabers beruht, oder, was daſſelbe beſagt, die pecuniäre Nutzfähigkeit allein des Vermögensobjectes beſtimmt die Erſatzſumme:[817])

ſo gewinnt die a. emti gleiche Richtung, wie die a. redhibitoria: Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 5); vgl. Voigt a. O. 222.

816) Paul. 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 24. § 4): colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget.

817) Dieſer Rechtsſatz iſt dictirt durch das Streben, dem Einfluſſe der Subjectivität bei Bemeſſung des Schadens (§ 72) gewiſſe Schranken zu

Ulp. 44 ad Ed. (D. XXXVIII, 5, 1. § 15): si dicat patronus rem quidem iusto pretio veniisse, verumtamen hoc interesse sua non esse venundatam inque hoc esse fraudem, quod venierit possessio, in quam habet patronus affectionem vel opportunitatis vel vicinitatis vel coeli vel quod illic educatus sit vel parentes sepulti, an debeat audiri volens revocare (sc. actione vel Fabiana vel Calvisiana)? Sed nullo pacto erit audiendus: fraus enim in damno accipitur pecuniario;[818]) 55 ad Ed. (D. VII, 7, 6. § 2): quum de servi operis — agitur, — voluptatis vel affectionis aestimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum dominus aut in deliciis habuerit;

Paul. 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33 pr.): si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit. quem tu magno emtum velles; 2 ad l. Jul. et Pap. (D, XXXV, 2, 63. pr.): non qua filius alicuius, sed qua homo aestimatur.

b. bei Klagen auf Schadenerſatz, bei denen das in dem Schaden-Nexus ſtehende Vermögensobject baar Geld als res fungibilis iſt, kann inſofern, als eine Einbuße an ſolchem in Frage ſteht, ein Schadenerſatz um deßwillen gar nicht Platz greifen, weil der Erſatz nicht als ein Geldäquivalent, ſomit nicht als Schadenerſatz (A. 820), ſondern lediglich als Leiſtung eines tantundem[819]) gewährt wird. Inſoweit jedoch, als ein in-

ſetzen. Daher iſt derſelbe durchaus nicht zu verallgemeinern: inſoweit das Intereſſe als Requiſit der Zuſtändigkeit eines Rechtsmittels erfordert wird, genügt das durch das Affectionsintereſſe begründete pecuniäre Intereſſe: A. 1747.

818) Fraus hat im Thatbeſtande der fraglichen beiden Klagen nicht die Bedeutung von Hinterliſt oder Betrug, ſondern von Nachtheil: Voigt, Bedeutungswechſel ꝛc. 114. Daher iſt die obige Sentenz dahin aufzufaſſen: es wird für den dem Schaden integrirenden Nachtheil erfordert, daß er in einem damnum pecuniarium: in einer Einbuße beſteht, welche eine Benachtheiligung der pecuniären, nicht aber andersartiger Intereſſen enthält. Die obige Stelle beweiſt gerade das Gegentheil von Dem, wofür ſie von Cohnfeldt Interrff. 92 unter b angezogen wird: denn oportunitas, vicinitas, coelum ſind doch „pecuniärer Natur, inſofern ſie dem Grundſtücke einen höhern Werth oder ſonſtige materielle Vortheile gewähren“ und trotzdem kommen ſie nicht in Anſchlag.

819) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 269.

directer Schaden durch Einbuße an baar Geld vermittelt wird, greift auch bei Klagen, welchen die Richtung auf das quanti interest in der condemnatio gegeben oder von der Rechtstheorie beigemeſſen wird, nicht der concrete Maaßſtab der Quantificirung des Schadenerſatzes, ſondern der abſtracte Maaßſtab unter A 2 Platz: die nach Procenten fixirten usurae officio iudicis applicatae ergeben hier den alleinigen Schadenerſatz:[820])

Hermog. 2 Jur. epist. (D. XVIII, 6, 19): venditori si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris quaerere potuit; vgl. Lab. bei Pomp. 13 ad Sab. (D. XVII, 2, 60. pr.), Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1), Paul. 6 Resp. (D. XIX, 1, 47).

Von dieſem Geſetze bildet die alleinige Ausnahme die honorariſche a. de eo quod certo loco:

Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8) unter Berufung auf Lab. und Jul.: utilitas quoque actoris veniet. Quid enim, si traiectitiam pecuniam dederit Ephesi accepturus, ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua, vel fisco aliquid debebatur et res praedis (Trib: stipulatoris) vilissimo distracta est, in hanc arbitrariam quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare, an et lucri ratio habeatur, non solius damni? (ſ. A. 741). Puto et lucri habendam rationem.[821])

c. Bei dem indirecten Schaden anderer Beſchaffenheit wird zwar die Erſatzſumme nach dem concreten Maaßſtabe des quanti interest bemeſſen, allein die Erſatzpflichtigkeit ſelbſt

820) Anderer Anſicht Mommſen a. O. 295 und Vangerow, Pand. § 571 A. 3 unter 2. Vgl. A. 821.

821) Dagegen gehören nicht hierher Pap. 27 Quaest. (D. XLV, 1, 118. § 2), wo das Intereſſe nicht als Maaßſtab des Schadenerſatzes, ſondern als Requiſit des Klagrechtes (A. 817) in Frage ſteht; ſowie

ſolchen Schadens unterliegt gewiſſen Beſchränkungen.[822]) Und zwar

I. eine unbedingte Erſatzpflichtigkeit deſſelben greift auch bei Klagen auf quanti interest Platz lediglich

A. bei Verletzung ipso iure obliegender Rechtspflichten (§ 73 unter II B) und ſelbſt diesfalls lediglich in den Fällen

1. des Delictes oder Quaſidelictes des Schädigers oder ſeines Gewaltuntergebenen, ſomit der reiperſecutoriſchen oder mixta a. ex delicto oder quasi ex delicto, ſei ſolche directa oder noxalis.[823]) Beiſpiele hierfür bieten:

a. legis Aquiliae: Lab. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 23. § 4): § 69 unter B 2; Jul. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 23. § 2): § 69 unter B 3; Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 7. pr. 27. § 17. Collat. II, 4, 1): § 69 unter A 8; 22 ad

---

Ulp. 30 ad Ed. (D. XII, 3, 3): numis depositis iudicem non oportet in litem insiurandum deferre, ut iuret quisque quod sua interfuit, quum certa sit numorum aestimatio, nisi forte de eo quis iuret, quod sua interfuit, numos sibi sua die redditos esse; quid enim, si sub poena pecuniam debuit aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est, d. h. bei a. depositi wegen baar Geld iſt die Quantificirung der Erſatzſumme vom Richter nicht durch iusiur. in litem dem Kläger zu überlaſſen, ſondern ſelbſt vorzunehmen, weil Geld gar nicht einer aestimatio damni unterliegt; nur dann, wenn der Kläger einen indirecten Schaden (§ 69 unter A 1. 2) geltend macht, iſt ihm als Beweismittel desſelben das iusiur. in litem nachzulaſſen. Wie und wie hoch jedoch im letzteren Falle der indicirte Schaden quantificirt wird, iſt von Ulp. nicht beſagt, wohl aber wiſſen wir durch andere Zeugniſſe, daß ſolchen Falles die usurae ex mora den Erſatz des indirecten Schadens ergeben: § 86 unter A 2 a. Indem nun Mommſen a. O. 294 fg. beide Stellen nicht richtig würdigt, ſo ſchafft er gegenüber A. 820 künſtlich Schwierigkeiten und Widerſprüche, welche die Quellen gar nicht kennen. — Die Rechtsordnung des edictum de eo quod certo loco iſt in mehrfacher Beziehung ſingulär: ſ. unter I B und erklärt ſich ſo nur hiſtoriſch: § 119.

822) Andere Lehrmeinungen ſ. bei Mommſen, a. O. § 24. Bangerow, Pand. § 571 A. 3 unter 2. Arndts, Pand. § 206 A. 4. Die Vermiſchung des Schadens an der ſog. universitas facti und an der causa rei (§ 69) mit dem indirecten Schaden und die irrige Beſtimmung des Letzteren ſelbſt (A. 754) ſind die Quelle der bedenklichſten Irrthümer in dieſer Lehre geweſen.

823) Ebenſo aber auch bei a. poenalis, ſo furti: Cels. 12 Dig. (D. XLVII, 2, 67. § 1): § 69 unter A 1; vgl. § 142 unter IV c.

Ed. (D. IX, 2, 22. pr.): § 69 unter A 1; Paul. 2 ad Plaut. (D. IX, 2, 33 pr.);

a. servi corrupti: Paul. 29 ad Ed. (D. XI, 3, 14. § 7): § 69 unter A 5;

a. adversus eum, qui prohibuerit hominem mortuum inferre: Gai. 19 ad Ed. prov. (D. XI, 7, 9): § 69 unter A 8;

a. de effusis et deiectis: Gai. 6 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7): § 69 unter A 8. B 4;

interd. unde vi: Vivian. bei Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 1. § 41); Pomp. bei Paul. 17 ad Ed. (D. cit. 16);

a. de pauperie: Gai. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 1, 3): § 69 unter A 8. B 4.

2. in gewiſſen Fällen des delictartigen Verhaltens, welches durch Klage auf id quod interest reprimirt wird, nämlich

aa. des dolus malus (Argliſt), angewendet zur Beeinfluſſung der Willensbeſtimmung des Mitpaciscenten bei Rechtsgeſchäften unter Lebenden, ſomit bei a. de dolo, wie bon. fid. a.; [824])

bb. der wiſſentlichen reticentia, ſomit bei bon. fid. a.: Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. pr. ſ. § 69 unter A 4) und bei Marcian. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45), Ulp. cit. (D. XIX, 1, 13. § 1. 2. ſ. § 69 unter A 6), Paul. sent. rec. II, 17, 11; Carac. im C. Just. IV, 58, 1;

cc. der conditio furtiva nach Analogie von A. 823.

B. Bei Solution an einem anderen, als dem legalen Leiſtungsorte und mora solvendi, dafern ein beſtimmter Leiſtungsort durch strict. iur. negotium geſetzt iſt, ſomit bei a. de eo quod certo loco: Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 3): § 69 unter A 1. 2. B 1; vgl. A. 821.

II. Dagegen greift eine nur bedingte Erſatzpflicht des indirecten Schadens bei den Klagen auf id quod interest in allen übrigen Fällen der Rechtsverletzung Platz: der indirecte

824) Dies ergiebt ſich daraus, daß die reipersecutoriſche a. de dolo im Allgemeinen den Geſetzen der a. poenalis folgt: A. 899, die bon fid. a. aber in obiger Beziehung wiederum die Function der a. de dolo verſieht: § 87 unter II. Dagegen die a. quod met. c. geht auf quanti res est: § 124 unter I o.

Schaden wird zwar dann erſetzt, wenn er als Wirkung durch den direct ſchädigenden Vorgang allein beſtimmt wird, ſomit der letztere die alleinige Urſache des erſteren iſt, ſo bei

Lab. 5 Post. (D. XIX, 2, 60. § 7): servum meum mulionem conduxisti; negligentia eius mulus tuus periit; — — non ultra me tibi praestiturum, quam dolum malum et culpam meam abesse;

Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 4): si vas mihi vendideris ita, ut affirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi;

Scaev. 17 Dig. (D. XXXII, 1, 35. pr. ſ. § 69 unter B 5); Pap. 9 Resp. (D. XXXI, 1, 78. § 2); Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3. ſ. § 69 unter A 8. B 1); Paul. 2 Resp. (D. XIX, 1, 47);[825])

Dagegen wird der indirecte Schaden dann nicht erſetzt, wenn er als Wirkung nicht durch den direct ſchädigenden Vorgang allein beſtimmt wird, ſomit alſo der letztere nicht die alleinige Urſache des erſteren iſt, vielmehr jener erſtere dadurch herbeigeführt ward, daß noch andere Vorgänge mit dem direct ſchädigenden Ereigniſſe zuſammentrafen und urſächlich beſtimmend mitwirkten:

Paul. 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 3): quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem constitit. Neque enim, si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur.[826])

Endlich unterliegt die Erſatzſumme des Schadens im Allgemeinen nach dem Maaßſtabe des quanti interest noch den drei weiteren Beſchränkungen,

d. daß, dafern auf die läbirte Sache eine ſo bedeutende Geld-

825) Darüber, daß hier indirecter Schaden in Frage ſteht, vgl. A. 100).

826) Eine unangemeſſene Behandlung erfährt dieſe Stelle von Mommſen, a. O. 289 fg., wodurch der Inhalt derſelben geradezu verkehrt wird. Eine Analogie bietet noch Paul. 16 Resp. (D. XXII, 1, 15). Vgl. auch Ulp. 3 Opin. (D. L, 8, 2. § 5).

ſumme verwendet worden iſt, daß ſolche das Maaß des im bürgerlichen Leben dafür Gebräuchlichen überſchreitet und als übermäßiger Luxus ſich darſtellt, der Schädiger nur denjenigen Werth zu vergüten hat, welcher der nach dem Maaßſtabe des im bürgerlichen Leben Gebräuchlichen ausgeſtatteten Sache entſpricht: Proc. 2 Epist. (D. VIII, 2, 13. § 1), Ulp. 43 ad Sab. (Dig. XXXIX, 2, 40. pr.), Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 1, 43); vgl. Mommſen a. O. 233; nicht minder

e. daß nach Maaßgabe von Justinian. im Cod. VII, 47, 1: in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam — hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere, inſoweit, als die Leiſtung einer anderen certa res, als baares Geld, in Frage ſteht [827]) (casus, qui certam habent quantitatem vel naturam), die Erſatzſumme des durch rechtswidriges Verhalten des Schuldners herbeigeführten Schadens das duplum quantitatis d. i. das Alterum Tantum des Marktpreiſes (ſ. § 71) vom Objecte ſolcher Leiſtung, ſei es Kaufpreis, ſei es Mieth- oder Pachtgeld oder dergleichen nicht überſteigen ſolle, [828]) eine Beſtimmung, welche lediglich eine Verallgemeinerung eines bezüglich der a. emti als Evictionsklage bereits früher gültigen Rechtsſatzes enthält, [829]) und deſſen Pendant die von Juſtinian ausgeſprochene Beſchränkung hinſichtlich der Zinſenzahlungspflicht iſt; [830]) endlich

f. daß als quanti interest nur der Netto-, nicht der Brutto-Betrag der Differenz vom Werthe des Gutes gilt, ſo daß die Summe des Erwerbes, welchen der Geſchädigte an demjenigen Vermögensobjecte machte, an dem er die Einbuße erlitt, oder die Summe des Erwerbes, welchen der Geſchädigte innerhalb desjenigen Rechtsverhältniſſes an dem einen Gute machte, innerhalb deſſen er an dem anderen Gute eine Einbuße erlitt, [831]) von der Summe ſolcher Einbuße ſubtrahirt wird

827) Vgl. Keller, Lit. Cont. 514 A. 4. Schilling, Inſt. § 227 g.

828) Vgl. über jene Conſtitution Bangerow, Pand. § 571 A. 4. Windſcheid, Pand. § 258 A. 9. Arndts, Pand. § 206 A. 6. Mommſen, a. O. 235 fg. Cohnfeldt, a. O. 39 fg. 205 fg.

829) Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 1, 44), Jul. nach Paul. 5 Quaest. (D. cit. 45. pr.), Paul. cit. (D. cit. 43) und dazu Schilling, Inſt. § 296 t.

830) Vgl. Schilling, a. O. § 245 e. f.

831) Eine Beſchränkung dieſes Satzes ergiebt ſich bei Contracten daraus,

und die ſo gewonnene Werth-Differenz allein die Erſatz-Summe ergiebt: [832])

Proc. bei Pomp. 21 ad Qu. Muc. (D. III, 5, 11): quodsi in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, — pensare lucrum cum damnum debet;

Paul. 2 Quaest. (D. XIX, 1, 42): lucrum cum damno compensari, [833])

ein Rechtsſatz, auf den jedoch nicht die Ordnung rückſichtlich der Impenſen ſich ſtützt, daß der Schadenerſatzpflichtige diejenigen impensae necessariae, die er auf das Vermögensobject verwendete, an welchem der Geſchädigte die Einbuße erlitt, von der zu leiſtenden Erſatzſumme in Abzug zu bringen befugt iſt, [834]) da ſolche Ordnung auf einen viel allgemeineren Grundſatz zurückgeht. [835])

---

daß inſoweit, als der Erwerb des Geſchädigten durch eine Handlung des Schädigers vermittelt wird, worin lediglich die Erfüllung einer Contractspflicht enthalten iſt, jener Erwerb von dem vom Letzteren verurſachten Schaden nicht in Abzug gebracht wird; ſo bei der Societät: Marcell. 6 Dig. bei Ulp. 30 ad Sab. (D. XVII, 2, 23. § 1) und bei demſelben 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 26), Paul. 6 ad Sab. (D. XVII, 2, 25); beim Kauf: Afric. 8 Quaest. (D. XXI, 2, 47). Gleiches gilt daher auch beim Mandat und anderen Contracten, nicht aber bei Quaſicontracten.

832) Vgl. Mommſen, a. O. 192 fg. Nur eine beſondere Anwendung davon bietet der Rechtsſatz, daß, dafern durch einen ſchädigenden Vorgang ebenſo eine Contracts- oder Quaſicontractsklage, wie eine andere Klage wider einen Dritten begründet werden, der Contracts- oder Quaſicontractsſchuldner, welcher dem Gläubiger Schadenerſatz leiſtet, vom Letzteren die Ceſſion jener anderen Klage beanſpruchen darf: Lab. 5 Post. (D. XIX, 2, 60. § 2), Marcell. 4 Dig. (D. XLII, 1, 12), Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XIX, 2, 25. § 8), Paul. 39 ad Ed. (D. XLVII, 2, 53. § 3), Justinian. im Cod. VI, 2, 22. § 1. 2. vgl. Mommſen, Erörter. I, 89 fg. Und eine parallele Ordnung kehrt auch bei der vindicatio wieder: § 84 unter D II a.

833) Eine übereinſtimmende Sentenz, obwohl nicht in Bezug auf den Schadenerſatz, bietet Serv. Not. ad Qu. Muc. bei Paul. 6 ad Sab. (D. XVII, 2, 30): neque lucrum intellegitur nisi omni damno deducto, neque damnum nisi omni lucro deducto; ſowie Pomp. bei Ulp. 30 ad Sab. (D. XVII, 2, 23. § 1): compensari cum damno, quod culpa praebuit.

834) Vgl. Sell in Sell's Jahrb. III, 272 fg.

835) Denn die Pflicht zur Erſtattung ſolcher impensae greift auch da Platz, wo eine Schädigung des anderen Theiles nicht nebenher geht: § 75 unter II A 1.

Aus alle dem ergiebt ſich aber, was insbeſondere den proceſſualiſchen Schädenbeweis innerhalb der Contracts-, Quaſicontracts-, wie dinglichen Rechts-Verhältniſſe anbetrifft, daß im Falle der Schädigung durch Rechtsverletzung (§ 73 unter II) der Kläger allerdings durchgehends den Beweis zu führen hat des Eintrittes der iniuria oder des rechtswidrigen Thatbeſtandes, als des zum Schadenerſatze verpflichtenden Vorganges; daß dagegen für den Cauſalzuſammenhang jener iniuria mit der erlittenen Vermögensſchädigung, der Thatſache ſomit, daß der rechtswidrige Thatbeſtand in Wirklichkeit als die Veranlaſſung die eingetretene Schädigung als den Erfolg herbeigeführt hat, ein Beweis überhaupt gar nicht erfordert wird,[836]) und daß endlich der Beweis der wirklich eingetretenen Schädigung, wie des ziffermäßigen Betrages derſelben im Falle eines abſoluten Maaßſtabes der Quantificirung des Schadenerſatzes (unter A 1) weder dem Kläger obliegt, noch auch vom Richter ex officio zu beſchaffen iſt. Dahingegen in dem Falle eines zugleich abſtracten und relativen Maaßſtabes (unter A 2) hat der Richter ex officio das pretium oder die quantitas rei zu eruiren und reſp. danach die Erſatzſumme zu quantificiren, zu welchem Zwecke derſelbe bei a. arbitraria auf quanti res erit, wie z. B. bei a. redhibitoria, des iusiurandum in litem des Klägers ſich zu bedienen hat, bei anderen Klagen auf quanti res erit aber, wie z. B. bei condictio triticaria oder a. furti im Nothfalle ebenfalls jenes iusiurandum anwenden darf.[837]) Endlich im

836) Dies ergiebt ebenſo die Haltung der Quellen, wie auch die Faſſung der römiſchen Geſetze, ſo z. B. des Edictes in Dig. XXII, 6, 7. pr.: in eum, qui, cum tutor non esset, dolo malo autor factus esse dicetur, iudicium dabo, ut quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnetur, wo an das Zuwiderhandeln gegen das geſetzliche Verbot ſofort die Schadenerſatzpflicht angeknüpft iſt, ohne daß der Moment eines Cauſalzuſammenhanges zwiſchen Widerrechtlichkeit und Schädigung irgendwie hineinträte. Vielmehr iſt das Requiſit vom Nachweiſe ſolchen Cauſalzuſammenhanges erſt das Product der modernen Jurisprudenz, die es dahin gebracht hat, daß im modernen Prozeſſe der Schädenbeweis zur „probatio diabolica“ ſich qualificirt d. h. regelmäßig nicht zu erbringen, ſomit aber der Geſchädigte des Rechtsſchutzes beraubt iſt.

837) So Javol. 15 ex Cass. (D. XII, 3, 9), Marcell. 4 Reg. (D. XII, 3, 5. § 4). Und ſo erklärt ſich auch die Zulaſſung jenes Eides nach Sab. bei Pomp. 16 ad Sab. (D. XXV, 2, 8. § 1) bei a. rerum amotarum, welche eine condictio iſt nach Gai. 4 ad Ed. prov. (D. XXV, 2, 26), nicht aber eine

Falle eines concreten Maaßſtabes des Schadenerſatzes (unter B) ſind bei bonae fidei und arbitraria actio jene letzteren beiden Momente ebenſowenig vom Kläger zu beweiſen, vielmehr gleichfalls vom Richter ex officio zu eruiren, und zwar in der Weiſe, daß der Richter in gewiſſen Fällen dem Kläger die eidliche Quantificirung der Schadenerſatz-Summe durch iusiurandum in litem zu überlaſſen hat, nämlich theils bei den arbitrariae actiones im Falle von contumacia, wie dolus non restituentis, ſomit des non defendere rem in iudicio nach erfolgter richterlicher pronuntiatio de restituendo, wie des vorſätzlichen Ungehorſames wider die letztere, theils bei den bon. fid. actiones im Falle doloſer Nichterfüllung der obliegenden Verbindlichkeiten Seitens des Beklagten; anderenfalls dagegen derſelbe auf beſtmöglichem Wege die Eruirung jener beiden Momente beſchafft. Dagegen bei anderen Klagen auf quanti interest oder quanti minoris est liegt dem Kläger der

---

arbitraria. Vgl. im Allgemeinen § 136. Im Uebrigen folgt das iusiur. in litem der Richtung der betreffenden Klage ſelbſt: es richtet ſich je nachdem auf id quod interest oder quanti res est; vgl. Götz, de cond. I, 39. Vgl. A. 897. 898. Der Richter ſelbſt aber condemnirt nicht quanti interest oder res est, ſondern quanti iuratum est: Ulp. 1 Disp. (D. V, 1, 64. pr.): non ab iudice aestimatio ex eo, quod interest, fit, set ex eo quod in litem iuratur, unbeſchadet im Uebrigen der richterlichen Moderationsbefugniß.

838) Ulp. 36 ad Ed. (D. XII, 3, 4. § 4): esse — aestimationem a iudice faciendam; 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 15. § 6): si iurare non possit, iudicis officio aestimandum est; Marc. 4 Reg. (D. XII, 3, 5. § 3): culpam — iudex aestimat; Inst. Just. IV, 6, 30: in bona fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat; § 31; in his (sc. arbitrariis) actionibus — permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum satisfieri oporteat; vgl. Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 11. pr.), Paul 13 ad Sab. (D. XII, 3, 2. § 1), Carac. im C. Just. V, 53, 2. Diocl. et Max. daſ. c. 5. IV, 49, 4. Daher ſind irrig Keller, Civ. Pr. bei A. 767 u. A., und ſo auch Mommſen, a. O. 259: „der Vortheil, den das iusiurandum in litem dem Kläger gewährt beſteht darin, daß er ſeinen Schaden nicht durch gewöhnliche Beweismittel zu beweiſen braucht"; vielmehr ſetzen die Quellen den Vortheil jenes Eides ausdrücklich nur in den Modus der Quantificirung des Schadenerſatzes: die Quantificirung des id quod interest fällt höher aus, wenn der Kläger, als wenn der Richter äſtimirt: Ulp. 51 ad Sab. (D. XII, 3, 1), 36 ad Ed. (D. XII. 3, 4. § 2); und darauf beruht denn auch das Inſtitut der judiciellen taxatio: Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. pr.), Marc. 4 Reg. (D. XII, 3, 5. § 1).

Beweis der wirklich eingetretenen Schädigung,[839]) dem Richter aber die Quantificirung des Schadenersatzes ob.

Endlich, gleichwie bei den Schädenklagen auf quanti interest als Schaden nur die Netto-, nicht die Brutto-Differenz galt, so nun gilt auch bei den Bereicherungsklagen als Bereicherung: als quanto locupletior factus est oder quod ad eum pervenit[840]) ebenfalls nur die Netto-Differenz:

Cels. 6 Dig. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 6, 26. § 12), Paul. 17 ad Plaut. (D. XII, 6, 65. § 5),[841])

ein Grundsatz, der im Besonderen auch darin zur Geltung kommt, daß theils die zu restituirenden fructus durch die darauf verwendeten impensae necessariae ipso iure vermindert werden (A. 1267. 1661), theils die vom Mitinteressenten zu restituirende Bereicherung, so z. B. durch die vom Anderen aufgewendeten impensae, um den vom Letzteren selbst gemachten, erlaubten, conexen Gewinn, so z. B. an fructus gemindert wird:

Pap. 2 Resp. (D. VI, 1, 48): admissa compensatione (sc. fructuum perceptorum) superfluum sumtum meliore praedio facto dominus restituere cogitur; u. daſ. (D. cit. 65. pr.); vgl. A. 961.

§ 75.

Die einzelnen Positionen von rigor und aequitas.

Das von der aequitas vertretene Princip der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung umfaßt, ähnlich wie die im ersten Buche behandelten Principien, eine Mehrzahl von niederen Positionen; und zwar sind es deren drei: zwei gegeben in den beiden § 68 dargelegten Postulaten: nemo damnum sentire per lucrum alterius und nemo lucrari cum damno alterius debet

839) Gai. 1 ad Ed. prov. (D. II, 13, 10. § 3), Venul. 8 Act. (D. XLVI, 5, 11), Inst. Just. III, 15, 7. vgl. Paul. 9 ad Sab. (D. XLVII, 2, 32.) und dazu A. 1756. Eventuell ließ man jedoch später auch hier das iusiur. in litem zu: Diocl. et Max. im C. Just. IV, 1, 3. vgl. Paul. 26 ad Ed. (D. XII, 3, 6).

840) Das Nähere über diesen Unterschied an sich s. § 81 a. E.

841) Vgl. auch Serv. in A. 833, sowie Franke Her. Pet. 236. 292 fg.

und in deren Verwendung in absoluter Beziehung d. h. in Bezug auf das Vermögensinteresse des einen, maaßgebend in das Auge gefaßten Subjetes des Rechtsverhältnisses; und die dritte Position gegeben in der Verwendung jener beiden Postulate in relativer Beziehung d. h. in Bezug auf die beiderseitigen Vermögensinteressen der zwei in dem Rechtsverhältnisse einander gegenüberstehenden Subjecte. Im Einzelnen nun

I. die erste jener drei Positionen der aequitas ist ausgesprochen in dem Postulate: nemo damnum sentire per lucrum alterius debet, somit in dem Verbote der ungerechtfertigten Vermögensschädigung des Mitinteressenten in außerdelictischen und namentlich in Contracts-, Quasicontracts- und dinglichen Rechts-Verhältnissen, insoweit mit letzteren Prästationen obligatorischer Natur sich verbinden (§ 85). Und indem dieses Postulat zunächst in absoluter Beziehung d. h. hinsichtlich der Interessen des einen maaßgebenden Subjectes zur Geltung gelangt, so treten nun der leitende Gesichtspunkt und die Methode der practischen Durchführung desselben in folgenden Momenten zu Tage:

a. als Thatbestand, an welchen jenes Verbot sich anknüpft, ist gegeben ein Verhalten des einen Interessenten der obbezeichneten Verhältnisse, welches als seinen öconomischen Effect eine Vermögensschädigung des Mitinteressenten resultirt, die selbst als ungerechtfertigt: als iniquitas oder, vom Standpunkte der lex lata, als iniuria sich qualificirt;

b. das jene Schädigung als iniquitas oder iniuria qualificirende Moment beruht theils in dem objectivem Thatbestande: daß das maaßgebende Verhalten des betreffenden Interessenten entweder eine Verletzung gewisser demselben gegen den Geschädigten obliegender Verbindlichkeiten oder ein delictähnliches Verhalten des ersteren wider den letzteren involvirt (§ 73 unter II), theils in dem subjectiven Thatbestande: einer damit concurirenden Verschuldung des Schädigers;

c. als Correctiv wird mit solchem Verhalten von schädigenden Effecte eine zwiefache Rechtsfolge verknüpft: theils die Verpflichtung des Verletzers zu einer Vermögensleistung an den Verletzten, welche reipersecutorischen Characters und zwar Schadenersatz, daher abhängig und bedingt ist von der Thatsache einer von dem Verletzten in concreto wirklich erlittenen Vermögensschädigung;

theils aber auch in der Defenſive bei gewiſſen der bezüglichen Thatbeſtände die Nichtrechtsbeſtändigkeit des reprimirten Thatbeſtandes ſelbſt zu Gunſten des Verletzten, ſei dies Reſciſſibilität, ſei es Nullität des betreffenden Actes;

d. der ziffermäßige Betrag jener Schadenerſatz-Leiſtung wird bemeſſen und ausgeworfen nach einem concreten Maaßſtabe: nach der Höhe des in concreto von dem Verletzten erlittenen Schadens;

e. als Maaßſtab der Bemeſſung ſolchen Vermögensſchadens iſt in älteſter Zeit anerkannt der Marktpreis des Objectes, an welchem die Schädigung ſich vollzog: das pretium rei, ſo daß als Schadenerſatzſumme ſich ergab das quanto minoris res est oder das quanti interest in ſolcher älteſten Bedeutung dieſes Ausdruckes; ſpäter jedoch das Vermögensintereſſe des Verletzten: die utilitas, ſo daß als Schadenerſatzſumme ſich ergab das quanti interest in ſolchem jüngeren Sinne des Wortes;

f. als maaßgebend für Fixirung vom pecuniären Status des Vermögensſchadens iſt anerkannt der Zeitpunkt, wie Ort des Eintrittes der Schädigung.

Dieſe Poſition der aequitas iſt in § 80 eingehender zu entwickeln.

Dieſer erſten Poſition der aequitas parallel ſtellt der rigor das Princip auf einer Repreſſion der ungerechtfertigten ſchadenfähigen Handlung des Intereſſenten in Contracts-, Quaſicontracts- oder dinglichen Rechts-Verhältniſſen, inſoweit mit letzteren Präſtationen obligatoriſcher Natur ſich verbinden. Im Beſonderen aber tritt der weſentlich verſchiedene leitende Geſichtspunkt und die von der aequitas gänzlich abweichende Methode der practiſchen Durchführung jenes Poſtulates in folgenden Momenten zu Tage:

a. als Thatbeſtand, an welchen jenes Verbot ſich anknüpft, iſt gegeben ein gewiſſes Verhalten im Civilprozeſſe von einer beſtimmten öconomiſchen Qualification Seitens des einen Intereſſenten bei den obbezeichneten Verhältniſſen. Und zwar beſteht dieſe öconomiſche Qualification jenes Verhaltens in der Schadenfähigkeit für den Mitintereſſenten in Folge der dadurch bewirkten Verzögerung des Proceßganges, während wiederum jenes Verhalten ſelbſt das thatbeſtändliche Merkmal an ſich trägt, eine iniuria oder Rechtswidrigkeit zu involviren. Dagegen erfordert der vom rigor reprimirte Thatbeſtand weder eine Vermögens-

schädigung des Mitinteressenten, noch eine Verschuldung des Handelnden;

b. das jenes schadenfähige Verhalten zur iniuria qualificirende Moment beruht darin, daß dasselbe einen Mißbrauch gewisser Civilproceß-Rechtsmittel involvirt;

c. als Correctiv wird mit solchem Mißbrauche gewisser Civilproceß-Rechtsmittel für den Verletzer die Verpflichtung zu einer Vermögensleistung an den Bedrohten verknüpft, welche pönalen Characters ist, jedoch ein reipersecutorisches Element mit umfaßt: es ist dieselbe pecuniäre poena, welche jedoch zugleich als Schadenersatz mit fungirt, dabei aber den letzteren wiederum vollständig in sich aufnimmt, absorbirt und deckt, daher denn die Verpflichtung zu solcher Vermögensprästation unabhängig ist von der Thatsache einer von dem Bedrohten in concreto wirklich erlittenen Vermögensschädigung; oder, mit anderen Worten, der rigor faßt auf und behandelt solches schadenfähige Verhalten als eine eigenartig delictische Widerrechtlichkeit: als Civilproceßdelict und zwar als temeritas litigii insbesondere;

d. der ziffernmäßige Betrag solcher poena wird bemessen und ausgeworfen nach einem abstracten Maaßstabe: sei es, wie im ältesten Rechte, als Procentsatz von dem in dem Proceßobjecte gegebenen Vermögenswerthe: als duplum rei oder dergl., sei es als solcher Vermögenswerth selbst: als quanti res est;

e. den Maaßstab der Bemessung solchen Vermögenswerthes bietet somit der Marktpreis des Proceßobjectes: das pretium rei;

f. als maaßgebend für Fixirung von solchem pretium rei ist anerkannt der Zeitpunkt, wie Ort der Lit. Cont. (§ 72 unter 1c).

Diese Position des rigor ist im § 77 im Näheren zu begründen.

Solche erste Position von aequitas, wie rigor verwirklicht sich aber in dem Rechte wiederum nicht an einem einigen generellen Thatbestande und somit auch nicht unmittelbar in der logischen Allgemeinheit ihres Denkgehaltes, als vielmehr an einer Mehrheit von speciellen Thatbeständen und somit, gleich wie bei den im ersten Buche behandelten Principien, in noch niederen Untersätzen: es ist, mit Einem Worte, jene Position in Wahrheit lediglich legislatives Princip oder Motiv der Rechtsbildung, auf Grund dessen zwar Rechtssätze geschaffen und geformt wurden, das aber nicht selbst schon Rechtssatz ist und welches, daher insbesondere auch

nicht einen generellen Thatbestand aufstellt, an welchen eine allgemeine Klage sich anknüpft, sondern welches lediglich eine Gruppe von detaillirten Thatbeständen umfaßt, mit denen wieder je besondere Rechtsfolgen sich verknüpfen. Im Besonderen aber specialisiren sich jene Untersätze nach der wesentlichen Verschiedenheit der die iniuria oder resp. iniquitas begründenden objectiven Thatbestände, oder, da alle diese Thatbestände gleichmäßig in einem Verhalten des Schuldigen: einem facere oder non facere bestehen, nach der wesentlichen Verschiedenheit von solchem die iniuria involvirenden Verhalten des Schuldigen.

Zunächst aber auf Seiten der aequitas ergeben sich zwei Gruppen von Thatbeständen, in denen die in Contracts-, Quasicontracts- und resp. dinglichen Rechts-Verhältnissen dem Mitinteressenten zugefügte verschuldete Vermögensschädigung als iniquitas oder iniuria reprobirt und mit der Verbindlichkeit zum Schadenersatze, resp. mit Nichtrechtsbeständigkeit des betreffenden Actes bedroht wird, nämlich

A. Verhalten wider den Mitinteressenten, bei welchem der als iniquitas oder iniuria qualificirte Thatbestand gegeben ist in einer denselben schädigenden, verschuldeten Nichterfüllung obliegender, einem ius in re oder einem Forderungsrechte desselben correspondirender Verpflichtungen: in dem aliquem facere oder per aliquem fieri oder stare, quominus fiat, quae fieri oportet (§ 80). Und zwar sind diese Rechtsverletzungen im Besonderen

1. verschuldete Verzögerung in Erfüllung der Rechtsverbindlichkeit: frustratio restituendi, wie mora solvendi und accipiendi;

2. verschuldete Vereitelung der Restitution oder Solution am legalen Leistungsorte;

3. verschuldete Vereitelung oder Beeinträchtigung der Restitution oder Solution nach ihrem öconomischen Gehalte.

B. Verhalten wider den Mitinteressenten, bei welchem der als iniquitas oder iniuria qualificirte Thatbestand gegeben ist in einem denselben schädigenden, verschuldeten, delictartigen Handeln in rechtsgeschäftlichen oder quasicontractlichen Verhältnissen. Und zwar sind diese Rechtsverletzungen im Besonderen:

1. dolus malus (Arglist), und

2. vis,

Beide angewendet zur vorsätzlichen Beeinflußung der Willens-

beſtimmung des Mitpaciscenten bei Rechtsgeſchäften unter Lebenden;

3. verſchuldete reticentia bei Abſchluß entgeltlicher Verträge, welche eine Veräußerung oder eine Uebertragung von Nutzungsbefugniſſen vermitteln;

4. vorſätzliche Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae bei Abſchluß entgeltlicher Veräußerungsverträge;

5. ſogen. laesio enormis bei emtio venditio; endlich

6. vorſätzliche Benutzung des relevanten error in der Willensbeſtimmung des Mitpaciscenten bei Rechtsgeſchäften unter Lebenden, ein Thatbeſtand, der jedoch nicht den vollen normalen Effect unter c gewinnt, vielmehr lediglich die Nichtrechtsbeſtändigkeit des betreffenden Thatbeſtandes zu Gunſten des Geſchädigten zur Folge hat.

Andererſeits dagegen der rigor ſtellt nicht minder zwei verſchiedene Gruppen von Thatbeſtänden auf, in denen das ſchadenfähige Verhalten wider den Mitintereſſenten in Contracts- Quaſicontracts- und reſp. dinglichen Rechts-Verhältniſſen als iniuria reprobirt und mit einer poena von reiperſecutoriſcher Nebentendenz bedroht wird, nämlich

A. ſchadenfähiges Verhalten des Verpflichteten in dinglichen Rechtsverhältniſſen, und zwar

1. rechtswidrige Nichtreſtitution der litigiöſen res et fructus Seitens deſſen, der bei leg. a. sacram. in rem falsam vindiciam tulerat oder bei in rem agere per sponsionem den Proceßbeſitz übernommen hatte, ſomit rechtswidrige Vereitelung oder Beeinträchtigung der dinglichen Reſtitution nach ihrem öconomiſchen Gehalte; und

2. rechtswidriges Verhalten des Verpflichteten, in einer gerechten vindicatio per formulam petitoriam es auf die iudicatio ankommen zu laſſen;

B. ſchadenfähiges Verhalten des Verpflichteten in obligatoriſchen Rechtsverhältniſſen, und zwar

1. gewiſſe Vorkommniſſe einer rechtswidrigen Uebernahme der Klage Seitens des Beklagten, ſo namentlich bei a. auctoritatis, fiduciae cum amico, redhibitoria und depositi in turba, ruina etc. dati:

2. gewiſſe Vorkommniſſe einer rechtswidrigen negativen Litisconteſtation Seitens des Beklagten bei Klage aus nexum, aus lex

mancipii und Damnationslegat auf certum, bei a. legis Aquiliae, wie wohl auch bei a. depensi der XII. Taf.;

3. gewiſſe Vorkommniſſe der rechtswidrigen Litisconteſtation überhaupt des Beklagten bei condictio triticaria;

4. gewiſſe Vorkommniſſe der rechtswidrigen Anſtellung der a. revocatoria Seitens des den Beklagten vertretenden vindex gegenüber gewiſſen Vorklagen, ſo namentlich gegenüber denjenigen Vorklagen welche in Form der leg. a. per man. ini. iudicati oder pro iudicato gekleidet ſind oder gegenüber der a. iudicati oder depensi des Formularproceſſes;

5. gewiſſe Fälle des rechtswidrigen Verhaltens des Schuldners, in einer gerechten a. in personam es auf die iudicatio ankommen zu laſſen, wie z. B. bei a. quod metus causa.

Endlich treten hierzu noch gewiſſe anderweite Thatbeſtände, die, einer jüngeren Zeitperiode angehörig und in § 78 darzulegen, hier übergangen werden können.

Nach Alle dem aber waltet innerhalb der erſten Poſition der aequitas die tiefgreifendſte und durchaus weſentliche Verſchiedenheit zwiſchen der Theorie von jener und vom rigor ob, die ſich ausprägt theils in dem leitenden Geſichtspunkte Beider: indem die aequitas das verſchuldet vermögensſchädigende, der rigor das ſchadenfähige Verhalten, inſoweit ſolches als Mißbrauch gewiſſer Civilproceß-Rechtsmittel zu Tage tritt, reprobirt, theils in der Methode der ſyſtematiſchen Durchführung dieſes Geſichtspunktes: indem ſolche iniuria von der aequitas als einfache, civilrechtliche Widerrechtlichkeit, von dem rigor als Species des Civilproceßdelictes der temeritas litigii behandelt wird; theils endlich in den als ſolche iniuria qualificirten Thatbeſtänden, die hier, wie dort weſentlich verſchieden ſind.

Im Uebrigen werden jedoch mehrere der durch die aequitas reprobirten Thatbeſtände gedeckt durch gewiſſe von dem rigor reprobirte Thatbeſtände, nämlich die von der erſteren reprobirte verſchuldete Vereitelung oder Beeinträchtigung der dinglichen Reſtitution nach ihrem ökonomiſchen Gehalte von der durch den rigor reprobirten rechtswidrigen Vereitelung oder Beeinträchtigung ſolcher Reſtitution bei leg. a. sacram. und agere per sponsionem; ſodann der durch die aequitas reprobirten verſchuldeten frustratio restituendi bei formula petitoria unterfällt mit die Zuerkennung

von fructus maiores bis zur iudicatio im Falle des rechtswidrigen Beharrens des Beklagten beim Proceſſe (§ 84 unter E); endlich die durch die aequitas reprobirte verſchuldete Verzögerung der Solution: die mora solvendi wird gedeckt durch die von dem rigor reprobirte rechtswidrige Uebernahme der Klage, durch die rechtswidrige negative Litisconteſtation und durch die rechtswidrige Litisconteſtation überhaupt, durch die rechtswidrige Anſtellung der a. revocatoria, wie durch das rechtswidrige Beharren des Beklagten beim Proceſſe bis zur iudicatio.

Dahingegen über dieſe Gränzen hinaus nimmt der rigor eine durchaus negirende Stellung gegenüber den Satzungen der aequitas ein: derſelbe ſtellt den Ordnungen derſelben keinerlei entſprechende oder widerſprechende Normen gegenüber, verſagt vielmehr den Erſteren einfach ſeine Anerkennung, ohne aber auch andrerſeits das der aequitas Widerſtreitende etwa als Rechtsordnung zu ſanciren. Mit Einem Worte: es wird inſoweit das der aequitas Widerſtreitende von dem rigor weder als Recht ſanctirt, noch als Widerrechtlichkeit reprimirt, als vielmehr es wird das Poſtulat der Erſteren einfach nicht als Rechtspflicht anerkannt. Nur in dem Einem Punkte tritt ein abweichendes Verhältniß zu Tage, darin nämlich, daß die a. auctoritatis des rigor in einem Parallelismus ſteht zu dem Verbote der aequitas, die stipulatio duplae vel simplae bei der venditio zu verweigern (§ 79).

II. Die zweite Poſition der aequitas iſt ausgeſprochen in dem Poſtulate: nemo lucrari cum damno alterius debet, ſomit in dem Verbote einer ungerechtfertigten Bereicherung des Intereſſenten auf Unkoſten des Mitintereſſenten in Rechtsverhältniſſen außerhalb des Delictes. Und indem dieſes Poſtulat zunächſt in abſoluter Beziehung d. h. hinſichtlich der Intereſſen des einen maaßgebenden Subjectes zur Geltung gelangt, ſo treten nun der leitende Geſichtspunkt und die Methode der practiſchen Durchführung deſſelben in folgenden Momenten zu Tage:

a. als Thatbeſtand, an welchen jenes Verbot ſich anknüpft iſt gegeben ein in dem Güterverkehre ſich vollziehender Vorgang, welcher als ſeinen öconomiſchen Effect eine Vermögensbereicherung des Einen auf Unkoſten eines Mitintereſſenten reſultirt, die ſelbſt als ungerechtfertigt: als iniquitas oder, vom Standpunkte der lex lata, als iniuria ſich qualificirt;

b. das jene Bereicherung als iniquitas oder iniuria qualificirende Moment beruht nicht in einem ſubjectiven, als vielmehr lediglich in dem objectiven Thatbeſtande, daß die dem bereichernden Vorgange unterliegende causa an einem Mangel leidet, im Beſonderen aber in dem Verhältniſſe des Widerſtreitenden, in welchem die Bereicherung mit den im nationalen Verkehrsleben ausgeprägten und von der Nationalanſchauung getragenen volkswirthſchaftlichen Geſetzen ſteht: indem gewiſſe im nationalen Leben typiſch ausgebildete Verkehrsfiguren dazu berufen ſind, das Bedürfniß und Streben der Verkehrenden nach Erwerb oder Nutzbarmachung fremder Vermögenswerthe in geregelter Weiſe zu befriedigen und ſo nun auch der Tendenz jenes Verkehres nach Bereicherung auf Koſten des Anderen zu dienen; indem ſodann die betreffende Bereicherung im Widerſtreite mit den dieſen Verkehrsfiguren immanenten wirthſchaftlichen Geſetzen ſich vollzieht; ſo iſt es nun dieſer Widerſtreit, auf Grund deſſen die aequitas ſolche Bereicherung als eine iniquitas: als ungerechtfertigt qualificirt;

c. ſolches Verhältniß, daß die bezeichneten Verkehrsfiguren berufen ſind, der Tendenz des Güterverkehres nach Bereicherung des Einen auf Koſten des Anderen zu dienen, wurde von den Römern auch in der Weiſe aufgefaßt und beurtheilt, daß jene Verkehrsfiguren einen zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrund für die dadurch vermittelte Bereicherung ergeben; und indem ſolcher Rechtfertigungsgrund als causa bezeichnet wird, ſo ſpecialiſirt ſich nun in Folge deſſen jene iniquitas zu einer Mangelhaftigkeit ſolcher causa;

d. ſolche Mangelhaftigkeit der causa der Bereicherung prägt ſich aber im Beſonderen wiederum in der Weiſe aus, daß entweder der Bereicherung ein Rechtsgrund des Erwerbes: ein Rechtserwerbmodus gar nicht unterliegt, dieſelbe ſonach nur als actuelles und rein wirthſchaftliches, nicht aber als potentielles und juriſtiſches Ergebniß des betreffenden Vorganges ſich vollzieht, ſomit aber des zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrundes völlig ermangelt, oder aber daß der Bereicherung zwar ein Rechtserwerbmodus unterliegt, dieſer ſelbſt aber unter Umſtänden ſich verwirklicht, welche denſelben nicht als zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrund der dadurch vermittelten Be-

reicherung erſcheinen laſſen, ſei es nun, daß ſolche Inſufficienz, als Rechtfertigungsgrund zu dienen, darin beruht, daß der jenem Rechtserwerbmodus unterliegende ſecundäre Rechtsgrund mit einem Mangel behaftet iſt, ſei es daß jener Rechtserwerbmodus ſelbſt mit einem Mangel behaftet iſt, der in der Lebenslage des Mitintereſſenten begründet iſt; oder mit anderen Worten, die aequitas legt die Function als causa der Bereicherung: als deren zureichender objectiver Rechtfertigungsgrund zu dienen, bald dem Rechtserwerbmodus, als dem primären Rechtsgrunde, bald der demſelben unterliegenden causa obligationis, als dem ſecundären Rechtsgrunde bei, und verlegt das Unzureichende ſolchen Rechtfertigungsgrundes bald in deſſen gänzlichen Mangel, bald in deſſen Mangelhaftigkeit;

e. als Correctiv wird mit ſolcher ungerechtfertigten Bereicherung eine zwiefältige Ordnung verknüpft: einerſeits extraordinärer Weiſe die Wiederherſtellung desjenigen Vermögensſtatus, wie ſolcher vor dem Eintritte jener Bereicherung gegeben war (rest. in integr. wegen cap. dem. und wegen absentia), andererſeits normaler Weiſe theils die Verpflichtung des Bereicherten zu einer Vermögensleiſtung reiperſecutoriſcher Natur und zwar die Verbindlichkeit zur Reſtitution der Bereicherung an den Mitintereſſenten, demzufolge daher dieſelbe abhängig und bedingt iſt von der Thatſache einer in concreto wirklich erworbenen Bereicherung; theils aber auch die Nichtrechtsbeſtändigkeit des reprimirten Thatbeſtandes ſelbſt für den Beeinträchtigten, ſei dies Reſciſſibilität, ſei es Nullität des betreffenden Vorganges;

f. der ziffermäßige Betrag jener Bereicherungs-Reſtitution wird bemeſſen und ausgeworfen nach einem concreten Maßſtabe: nach der Höhe der in concreto von dem Bereicherten ſei es erworbenen, ſei es noch beſeſſenen Bereicherung;

g. der maaßgebende Zeitpunkt für Fixirung vom pecuniären Status der Bereicherung iſt ein zwiefacher: bald der Zeitpunkt des Erwerbes derſelben: id quod pervenit, bald die Lit. Cont., reſp. in einem vereinzelten Falle das Judicat: quanto locupletior factus est.

Dieſe Poſition der aequitas iſt im Einzelnen in § 81 eingehender zu begründen.

Auch dieſe Poſition der aequitas verwirklicht ſich, gleich der

ersten, nicht in einem einigen generellen Thatbestande, als vielmehr in einer Anzahl von speciellen Thatbeständen, an welche sich dann die niederen Unterſätze anknüpfen, welche jene zweite Poſition ergeben und tragen.[842]) Dieſe Unterſätze ſelbſt aber zerfallen theils in erſter Linie nach der Beſchaffenheit des Mangels der causa, theils in zweiter Linie nach der Beſchaffenheit des bereichernden Vorganges in mehrere Claſſen. Und zwar

A. Bereicherung, bei welcher der Mangel der causa in der Deficienz eines Rechtserwerbmodus ſelbſt: in dem Fehlen einer primären causa beſteht. Hierunter fallen die Bereicherungen

1. durch den vom Mitintereſſenten in Contracts- Quaſicontracts- und dinglichen Rechts-Verhältniſſen im Intereſſe des anderen Theiles gemachten Aufwand von nothwendigen Impenſen auf das von Erſterem zu leiſtende Rechtsobject, dafern derſelbe ſolchen Aufwand ſelbſt zu tragen geſetzlich nicht für verpflichtet erklärt iſt;

2. durch ein nicht rechtsbeſtändiges, ſomit nur in actu beſtehendes Rechtsverhältniß, welches den einen Intereſſenten auf Unkoſten des Anderen bereichert, und zwar

a. Rechtsverhältniß mit dem Pupillen oder furiosus, welches ohne tutoris auctoritas oder Concurrenz des curator begründet iſt und denſelben bereichert, ſowie

b. Rechtsverhältniß mit dem Gewaltuntergebenen, welches weder peculiaris causa, noch auch auf iussus des Gewalthabers begründet iſt und den Letzteren bereichert;

3. die Bereicherung, welche zwar durch Delict herbeigeführt iſt, die aber nicht nach dem Geſichtspunkte des Delicts-, als vielmehr des Quaſicontracts-Rechtes aufgefaßt und behandelt wird. Hierunter fallen

a. Delict eines Dritten, wodurch ein dabei unbetheiligter Zweiter bereichert iſt;

b. das honorariſche Delict nach Ablauf der Verjährungszeit von einem Jahre;

c. das furtum in ſeiner quaſicontractlichen Beziehung (cond. furtiva und a. rerum amotarum).

842) Daß der Satz nemo lucrari cum damno alterius debet nur Rechtsprincip, nicht Rechtsſatz iſt, ſomit zwar die Natur gegebener Klagen beſtimmt, nicht aber ſelbſt ſchon eine allgemeine Bereicherungsklage ergiebt, iſt gegenwärtig allgemein anerkannt.

B. Bereicherung, bei welcher, indem dieſelbe durch einen Rechtserwerbsmodus: eine primäre causa vermittelt wird, dieſe letztere ſelbſt mangelhaft iſt und zwar ſolche Vitioſität begründet wird durch die Lage des einen Intereſſenten; und dies iſt der Fall bei der Bereicherung

1. durch einen in Contracts- und Quaſicontractsverhältniſſen nach deren Begründung mittelſt der res debita von dem Schuldner gemachten, nicht vertragsmäßigen Erwerbes, dafern in dem betreffenden Rechtsverhältniſſe den Gläubiger das periculum trifft;

2. durch Erlöſchen der Verpflichtung deſſen, der cap. dem. erlitt, und

3. durch Zeitablauf in Bezug auf denjenigen, der ohne eine Verſchuldung absens iſt,

wo im erſten Falle die durch das Recht auferlegte Tragung des periculum, in den beiden letzten Fällen die concrete Lebenslage des benachtheiligten Mitintereſſenten: ſei es deſſen ſchuldloſe absentia, ſei es deſſen Schuldloſigkeit rückſichtlich der eingetretenen Uſucapion und reſp. Liberation den betreffenden Erwerbmodus in concreto als ungenügend qualificiren.

C. Bereicherung, bei welcher, indem dieſelbe ebenfalls durch einen Rechtserwerbmodus: eine primäre causa vermittelt wird, der Mangel der causa in der Mangelhaftigkeit des dem erſteren unterliegenden Rechtsgrundes: in der Vitioſität der ſecundären causa beruht; und dies iſt der Fall bei der Bereicherung

1. durch ein pecuniär indifferentes Rechtsgeſchäft unter Lebenden, dafern die ſolchem unterliegende causa iniusta, turpis, falsa, non secuta oder finita iſt;

2. durch einen den Eigenthumserwerb vermittelnden, in einfacher juriſtiſcher Handlung des Bereicherten oder in juriſtiſchen Ereigniſſen beſtehenden Erwerbmodus, dem zur Zeit ſeiner Verwirklichung eine ſecundäre causa überhaupt gar nicht unterlag.

Andrerſeits der rigor nimmt gegenüber dieſer Poſition der aequitas ein rein negierendes Verhalten ein: derſelbe ſtellt den Unterſätzen der letzteren keinerlei correſpondirende, affirmativ widerſprechende Ordnungen gegenüber, ſondern verſagt vielmehr denſelben einfach ſeine Anerkennung: der rigor erkennt ſomit in Rechtsverhältniſſen außerhalb des Delictes eine ungerechtfertigte Bereicherung als relevant nicht an und ſtellt ſomit auch keine hier-

auf bezüglichen Principſätze auf, eine Thatſache, die in § 79 näher zu beleuchten iſt.

III. Die letzte Poſition der aequitas ergiebt ſich aus der Verwendung der beiden Poſtulate des nemo damnum sentire per lucrum alterius und lucrari cum damno alterius debet in relativer Beziehung d. h. in Hinſicht auf die beiderſeitigen Vermögensintereſſen der zwei in dem Rechtsverhältniſſe einander gegenüberſtehenden Subjecte, und tritt ſo nun in dem Verbote zu Tage, daß aus der Verfolgung des Anſpruches des einen Intereſſenten nicht eine ungerechtfertigte Bereicherung deſſelben oder eine ungerechtfertigte Vermögensſchädigung des Mitintereſſenten und ſomit eine iniquitas reſultire, demgemäß aber bei der Beurtheilung im Allgemeinen ſolchen Anſpruches und ſo insbeſondere auch bei deſſen richterlicher Beurtheilung in voller Gleichmäßigkeit die Vermögensintereſſen der beiden Betheiligten nach Maaßgabe der obigen beiden Poſtulate zu berückſichtigen und zu wahren ſeien. Im Beſonderen aber enthält dieſes Poſtulat wiederum die beiden Unterſätze:

A. innerhalb des Rechtsverhältniſſes iſt nicht einſeitig der Anſpruch des Berechtigten, ſondern nicht minder auch der connexe Gegenanſpruch des Verpflichteten nach dem Maaßſtabe der Satzungen unter I und II zu berückſichtigen, ſo daß ſolche beide collidirende Anſprüche gegen einander abzuwägen und auszugleichen und nach ſolchem Ergebniſſe das Quantum der dem Verpflichteten anzuſinnenden Vermögensleiſtung zu beſtimmen und zu bemeſſen iſt;

B. innerhalb des Rechtsverhältniſſes iſt bezüglich des Anſpruches des Berechtigten, wie des Gegenanſpruches des Verpflichteten nicht einſeitig das Intereſſe deſſen, der den Anſpruch geltend macht, ſondern zugleich das Intereſſe deſſen, gegen welchen der Anſpruch gerichtet iſt, nach dem Maaßſtabe der Satzungen unter I und II zu berückſichtigen und zu wahren.

Dahingegen auf Seiten des rigor, indem derſelbe die beiden Poſtulate des nemo damnum sentire per lucrum alterius und lucrari cum damno alterius debet an und für ſich gar nicht anerkennt und verwirklicht, tritt nun, in Conſequenz hiervon, jener Poſition der aequitas, das conträr entgegengeſetzte Princip gegenüber, daß, indem ein verletztes Recht geltend gemacht und dem Urtheile unterſtellt wird, ſolches Urtheil durchaus nur innerhalb derjenigen Grenzen ſich zu halten hat, innerhalb deren es nach

Maaßgabe der Klagformel aufgerufen ist, somit aber die Competenz solchen Urtheiles ebenso im Allgemeinen unmittelbar bestimmt wird durch die Klagformulirung selbst und durch die hierin gegebene Präcisirung des verletzten Rechtes, als auch im Besonderen auf die rechtliche Begründung des verlautbarten Rechtes allein sich erstreckt, demgemäß nun aber auch bei der Beurtheilung des Streitfalles das Vermögensinteresse des Klagenden allein in strenger Einseitigkeit, nicht aber auch das des Beklagten selbstständig in Frage kommt. Im Besonderen aber prägt sich dieses Princip wiederum in den beiden Untersätzen aus:

A. wie die Klagformel den Rechtsanspruch des Klägers allein verlautbart, so ist die Klage selbst ausschließlich berufen, jenen Rechtsanspruch allein zur Geltung zu bringen, nicht aber, auch einen Rechtsanspruch des Beklagten zu defensiver Geltendmachung in sich aufzunehmen; oder, mit anderen Worten, die processualische actio kann immer nur eine einzige civilrechtliche actio des Klägers, nicht aber auch eine solche des Beklagten umschließen, da vielmehr solche actio des Letzteren wiederum durch das Mittel einer eigenen und selbstständigen processualischen actio zur Geltung zu bringen ist, demgemäß nun bei Beurtheilung des Streitfalles nur über die Rechtsbegründung des klägerischen Anspruches allein, nicht aber zugleich über einen Gegenanspruch des Beklagten zu cognosciren ist;

B. die Klage ist ausschließlich berufen, das Vermögensinteresse des Klägers in der Richtung des von demselben geltend gemachten verletzten Rechtes zur Geltung zu bringen, nicht aber zugleich für das Vermögensinteresse des Beklagten nach der Richtung hin Sorge zu tragen, als solches durch die Geltendmachung des Klaganspruches etwa beeinträchtigt werde; daher ist bei Beurtheilung des Streitfalles ausschließlich über das Recht- oder Unrechthaben des Klägers oder aber des Beklagten zu entscheiden, nicht aber den weiteren pecuniären Consequenzen, welche aus dem Unrechthaben des Beklagten für denselben sich ergeben, Rechnung zu tragen und etwaigen darin belegenen Nachtheilen durch Anordnung irgend welcher Schutzmittel vorzubeugen.

Im Uebrigen aber bedingt diese dritte Position der aequitas in strictester Folgemäßigkeit zugleich das Princip der arbiträren richterlichen Cognition, während die entsprechende dritte Position

des rigor wiederum die abſolut nothwendige Vorbedingung und Prämiſſe ergiebt für das von demſelben adoptirte Princip der gebundenen richterlichen Cognition.

Jene Poſition an ſich aber der aequitas iſt in § 82, die des rigor dagegen in § 79 eingehender zu begründen.

§ 76.

C. Die Principien der arbiträren richterlichen Cognition und der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung in ihrem gegenſeitigen Verhältniſſe.

Die in § 66 und 75 dargelegten beiden Principien der aequitas und reſp. des rigor ſtehen zu einander in einem weſentlich anderen Verhältniſſe, als die im erſten Buche behandelten Principien: denn während dieſe letzteren nicht allein in je einem gemeinſamen Mittelpunkte des ſolennen und unſolennen Actes ſich concentriren, ſondern in Wahrheit auch in einem einigen, höheren leitenden Geſichtspunkte zuſammenliefen: als Princip einer Suprematie des Willens über das Wort auf Seiten der aequitas, und der Suprematie des Wortes über den Willen auf Seiten des rigor (§ 1), ſo waltet nicht gleiches Verhältniß ob bezüglich der hier maaßgebenden beiden Principien: es ſind dieſelben, wie in Thl. I. § 66 dargelegt, verſchiedener Weſenheit und ſo daher an ſich ſchon ungeeignet, in einem höheren ſpeculativen Centrum zuſammen zu fallen: denn das Princip der arbiträren richterlichen Cognition iſt nach der Auffaſſung der Quellen ein Formal-Princip, dem Proceßrechte angehörig und die Modalität des Richterurtheiles beſtimmend; dagegen das Princip der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung iſt ein Real-Princip, dem Civilrechte angehörig und den Rechtsſatz ſelbſt nach ſeinem Gehalte beſtimmend, wodurch Recht, wie Pflicht nach Exiſtenz, Inhalt und Umfang normirt werden. Und ſo erklärt ſich denn auch, daß vereinzelt jene beiden Principien auch hiſtoriſch aus einander treten, ſo z. B. indem die certi condictio ob causam civilrechtlich dem Principe der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung, proceſſualiſch dagegen dem Principe der gebundenen richterlichen Cognition unterfällt.

Sodann gewinnen die hier maaßgebenden beiden Principien auch wiederum ihre Ausprägung im Rechte in einer Modalität,

die in mehrfacher Beziehung abweicht von der bei den Principien des ersten Buches beobachteten Ordnung. Denn während dort die Principien in dem Rechtsacte ihre Verwirklichung fanden: in dem solennen Acte und in dem unsolennen, sei es unformalen, sei es formalen Acte (§ 1. 65), so gewinnen hier dieselben ihre Verwirklichung durch das Rechtsmittel; und sodann während dort in dem solennen und dem unsolennen Acte die sämmtlichen Untersätze der Principien ausnahmelos zusammenliefen und concentrisch umfaßt wurden, so tritt hier eine Divergenz der niederen Positionen zu Tage, insofern als in keinem Rechtsmittel alle diese Untersätze vollständig ihre Vertretung finden, vielmehr einzelne von diesen je durch eigene, andere wiederum durch gemeinsame Rechtsmittel, und sodann auch einzelne Untersätze je durch ein einiges, andere wiederum durch eine Mehrheit von Rechtsmitteln verwirklicht werden.

Hierdurch allenthalben bestimmt sich nun die Hauptaufgabe des gegenwärtigen Buches: der Darlegung der historischen Ausprägung der Principien. Und zwar, während das erste Buch eine Geschichte des solennen, wie des unsolennen Actes gab, hat das gegenwärtige Buch eine Geschichte von Rechtsmitteln und der denselben zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zu geben; und solche Darstellung hat die Rechtsmittel in ihrer Stellung ebenso gegenüber dem Princip der arbiträren richterlichen Cognition, wie gegenüber dem Princip der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung in das Auge zu fassen und zu verfolgen. Allein indem gleichwohl wieder jene beiden Principien trotz ihrer Wesenverschiedenheit in eine weitgreifende historische Verbindung mit einander treten, indem ebenso dieselben innerhalb ihrer Haupt- und Fundamentalbildungen räumlich zusammentreffen, wie auch solche Coincidenz keineswegs eine bloß zufällige und rein empirische, als vielmehr durch causale Verhältnisse bedingte ist (§ 66. 75 unter III), so rechtfertigt wiederum solcher geschichtliche Thatbestand, daß die historische Darstellung dieses Buches, entsprechend wie im ersten Buche, die beiden fraglichen Principien zu gemeinsamer Darstellung zusammenfaßt.

Mit dieser historischen Darstellung erschöpft sich nun aber, wie S. 3 hervorgehoben, die Aufgabe bezüglich der Principes je der arbiträren und der gebundenen richterlichen Cognition: es kann

bezüglich dieſer von einer eigenen dogmatiſchen Darſtellung um deßwillen abgeſehen werden, weil die denſelben unterfallenden Unterſätze ebenſo in ihrem dogmatiſchen Gehalte einfach und durchſichtig ſind, als auch ganz unmittelbar und ohne das Dazwiſchentreten niederer Rechtsſätze in dem Rechte ihre Verwirklichung finden, ſonach aber die Darlegung und Begründung dieſer Unterſätze mit der hiſtoriſchen Darſtellung ſelbſt ſich verbinden läßt ohne die Gefahr, durch dogmatiſches Material die Ueberſichtlichkeit und den Gang an ſich jener Darſtellung zu beeinträchtigen.

Dahingegen bezüglich des Principes der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung walten nach § 75 durchaus die entgegengeſetzten Verhältniſſe ob; und wenn hier daher nach S. 3 eine eigene Darlegung der dem Principe unterfallenden niederen Poſitionen voraus zuſchicken iſt, ſo iſt nun die gewählte Methode ſolcher Darſtellung durch folgende Geſichtspunkte beſtimmt.

Die Klagen, durch welche jene Poſitionen der aequitas verwirklicht werden, zerfallen in zwei durchaus verſchiedene Gruppen. Und zwar die eine Gruppe von Klagen characteriſirt ſich dadurch, daß hier denſelben die Aufgabe zufällt, ex professo je einzelne Poſtulate der aequitas zu verwirklichen, wogegen auf Seiten des rigor wiederum correſpondirende Formationen gänzlich fehlen. Dies ſind die a. de eo quod certo loco, de dolo und quod metus causa, die condictiones ob causam ſammt a. rerum amotarum, die Delicts-, wie Contracts-Klagen auf id quod ad eum pervenit oder auf quanto locupletior factus est oder als a. de in rem verso, ſowie die honorariſchen actiones rescissoria und restitutoria.

Bei den übrigen Klagen dagegen liegt der theoretiſche Schwerpunkt ihrer Aufgabe keineswegs in einer Durchführung der bezüglichen Poſtulate der aequitas, als vielmehr in der Verwirklichung von Rechtsanſprüchen, welche zu den hier maaßgebenden Principien der aequitas in keinerlei Beziehung ſtehen. Allein indem mit ſolcher Hauptaufgabe der betreffenden Klage zugleich die Function verbunden wird, die Durchführung einzelner der hier maaßgebenden Poſitionen der aequitas gleich als Nebenaufgabe zu vermitteln, ſo geſtalten ſich inſoweit jene Klagen zugleich zu Organen der hier maaßgebenden Principien der aequitas. Ja indem jene Klagen ſogar zur Vertretung einer höchſt beträchtlichen

Anzahl von Positionen der aequitas berufen sind, so überträgt sich damit auf dieselben geradezu die Rolle, als Centralorgane der aequitas zu fungiren, während gleichzeitig auch wiederum denselben auf Seiten des rigor correspondirende Formationen gegenüberstehen, welche, gleichen Hauptaufgaben dienend, wie jene, den den Letzteren zufallenden Nebenaufgaben in Bezug auf die Positionen der aequitas von Vorn herein ganz fern stehen. Dies aber sind von dem zweiten Abschnitte der ersten Periode ab:

1. im Gegensatze zu der vindicatio in Form der leg. a. sacram., wie das agere per sponsionem die dingliche Klage per formulam petitoriam, welche neben ihrer Hauptaufgabe, als dingliche Klage die Restitution des Streitobjectes an den Kläger herbeizuführen, überdem noch ebensowohl als Schädenklage fungirt und zwar theils wegen frustratio restituendi, theils wegen Vereitelung der Restitution am legalen Leistungsorte, theils wegen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Restitution nach ihrem öconomischen Gehalte, wie aber auch als Bereicherungsklage und zwar in Function einer cond. sine causa, und welche endlich auch dem in § 75 unter III dargelegten Principe der Zweiseitigkeit in Berücksichtigung und Wahrung der collidirenden Interessen der beiden Partheien sich erschließt;

2. im Gegensatze zur strict. jur. a. die bon. fid. a., welche neben ihrer Aufgabe, die Erfüllung der Hauptobligation herbeizuführen, auch noch in zwölffältiger Verwendung als Schäden- und als Bereicherungsklage auftritt, nämlich in Function einer Klage wegen mora solvendi oder accipiendi, als Klage wegen Vereitelung der Solution am legalen Leistungsorte, als Klage wegen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, als a. de dolo, quod metus causa und de reticentia, wie als Klage wegen Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae, und wegen sogen. laesio enormis; dann als condictio ob causam, als Impensenklage und als Klage auf Restitution des durch die res debita gemachten lucrum; welche ferner dann auch empfänglich ist für die Relevanz des error in der Willensbestimmung, und welche endlich gleichfalls dem in § 75 unter III dargelegten Principe der Zweiseitigkeit in Berücksichtigung und Wahrung der collidirenden Vermögensinteressen beider Partheien sich unterordnet.

Da nun bei der dogmatiſchen Darlegung der niederen Poſitionen jenes Principes die Aufgabe darin beſteht, die leitenden Gedanken der aequitas, wie ſolche innerhalb des derſelben eigenſten Gebietes in Rechtsſätzen ſich ausprägen, dogmatiſch zu entwickeln und feſtzuſtellen, nicht aber alle und jede Beziehung darzulegen, in welcher jene Ideen ſich ausprägen, weil letztere Aufgabe vielmehr der hiſtoriſchen Darſtellung anheimfällt; und da ſodann aus den dargelegten zahlreichen Beziehungen der formula petitoria und bon. fid. actio zur aequitas ohne Weiteres ſich ergiebt, daß dieſe beiden Gebilde das ureigenſte Gebiet der aequitas in jenen ſpäteren Perioden ergeben, in ſolcher Stellung auch dadurch deutlicher gekennzeichnet und gehoben, daß ihnen correſpondirende Figuren des rigor in ſtrengſtem Parallelismus gegenüberſtehen; ſo iſt nun die Aufgabe jener dogmatiſchen Darſtellung auf Seiten der aequitas am Angemeſſenſten in der Weiſe zu löſen, daß deren Unterſätze, inſoweit ſie in der formula petitoria und der bon. fid. actio ihre Ausprägung finden, in und an dieſen beiden Klagen zur Darſtellung gebracht werden. Und indem dies in § 83 fg. geſchieht, ſo finden damit die Poſitionen der aequitas in § 75 unter I, II A 1. 3 c. B 1. C. und III ihre entſprechende Darſtellung.

Dahingegen findet ſolche Vertretung der Unterſätze der aequitas durch jene beiden Klagen nicht ſtatt hinſichtlich der Poſitionen in § 75 unter II A 2. 3 a. b. und B 2. 3, daher hier nun die dogmatiſche Darlegung derſelben an den denſelben ſpecifiſchen Organen: den Delicts- und Contractsklagen auf id quod ad eum pervenit oder auf quanto locupletior factus est oder als a. de in rem verso, ſowie den betreffenden actiones rescissoria und restitutoria zu geben iſt: § 91 fg.

Andererſeits, was den rigor betrifft, ſo ſtanden im erſten Buche deſſen Unterſätze im unmittelbarſten und diametralſten Gegenſatze zu correſpondirenden Unterſätzen der aequitas. Dagegen innerhalb des Principes der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung waltet gleiches Verhältniß nach § 75 nur ob bezüglich der Poſition unter III, wo der rigor die Einſeitigkeit in Berückſichtigung des Parteiintereſſes der von der aequitas poſtulirten Zweiſeitigkeit gegenüberſtellt, während wiederum der Poſition unter II: dem Verbote der ungerecht-

fertigten Bereicherung ein widersprechendes Princip von dem rigor überhaupt gar nicht gegenübergestellt wird. Endlich bezüglich der Position unter I prägt sich der Gegensatz von rigor und aequitas wiederum in der Weise aus, daß Beide das bezügliche Gebiet nach durchaus verschiedenen leitenden theoretischen Gesichtspunkten, mit ganz anderen Mitteln und mit Sätzen von völlig verschiedenem systematischen Werthe regeln und beherrschen, so daß nicht der Untersatz des Einen zum Untersatz des Anderen in einem directen Gegensatze steht, als vielmehr zwei völlig heterogene, auf ganz verschiedene theoretische Gesichtspunkte gestützte Systeme je des rigor und der aequitas in einen indirecten Widerspruch zu einander treten.

Demgemäß aber fällt hier der dogmatischen Darstellung die Aufgabe zu, dieses eigenthümliche System des rigor bezüglich der Position unter I zu entwickeln, wogegen wiederum bezüglich der der aequitas conträr gegenüberstehenden Untersätze der Position unter III eine umfassendere dogmatische Darstellung sich erledigt, weil hier wiederum eine vielseitigere historische Entwickelung zu zahlreicheren Rechts-Sätzen oder -Figuren überhaupt nicht stattgefunden hat. Und jener gesammte Stoff nun gelangt in § 77 fg. zur Darstellung.

Zweites Capitel.

Der rigor und dessen einzelne Positionen gegenüber dem Principe der Repression der ungerechtfertigten Schädigung.

§ 77

Der Gesichtspunkt und die Methode des rigor bei Normirung der Vermögensschädigung.

Die Normirung der Vermögensschädigung in Contracts-, Quasicontracts- und dinglichen Rechts-Verhältnissen, insoweit mit letzteren Prästationen obligatorischer Natur sich verbinden, beruht Seitens des rigor auf dem leitenden Gesichtspunkte, daß nicht lediglich die Handlung mit vermögensschädigendem Effecte,

ſondern bereits das ſchadenfähige Verhalten eine Rechtswidrigkeit ergebe, das Letztere aber wiederum nicht unbedingt und ſchlechthin ſolchen Character an ſich trage, als vielmehr lediglich dann, wenn es als Mißbrauch von civilproceſſualiſchen Rechtsmitteln ſich manifeſtire, und auch diesfalls nur von gewiſſen Rechtsmitteln, wie gegenüber gewiſſen Klagen. Dieſer leitende Geſichtspunkt nun prägt ſich aus in der entſprechenden Methode der legislativen Behandlung ſolcher Handlungen, und manifeſtirt ſich hier in einer vierfachen Maxime: zuerſt nämlich in der Tendenz, ſolches ſchadenfähige Verhalten nicht dem Geſichtspunkte der einfachen Widerrechtlichkeit zu unterſtellen und dementſprechend durch eine rein reiperſecutoriſche: auf Schadenerſatz tendirende Klage zu reprimiren, als vielmehr daſſelbe im Lichte des Mißbrauches eines Civilproceß-Rechtsmittels aufzufaſſen, ſolchen Mißbrauch wiederum zum eigenartigen Delicte, zum Civilproceßdelicte zu qualificiren und dementſprechend nun denſelben mit einer poena zu ahnden; und indem unter den mehrfachen Erſcheinungsformen des Civilproceßdelictes die temeritas litigii es iſt, welche ſo in Stellvertretung oder vielmehr in Parallelismus der einfachen Widerrechtlichkeit eintritt, die von der aequitas in den entſprechenden Thatbeſtänden anerkannt und reprimirt wird, ſo treten nun als die characteriſtiſchen Merkmale jener delictiſchen Ordnung der temeritas hervor einestheils, daß ſolches Delict auf einen rein objectiven Thatbeſtand geſtützt und ſomit unabhängig geſtellt iſt von dem ſubjectiven Thatbeſtande einer Verſchuldung: ſei dies Dolus, ſei es Culpa, ſowie anderntheils, daß daſſelbe im älteren Rechte ſachlich als reiner Incidentpunkt mit der Klage wegen des Hauptanſpruches zur proceſſualiſchen Einheit verſchmolzen und ſomit aus dem Delicte ſelbſt keine eigene Klage auf die poena ertheilt wird. Sodann zweitens kennzeichnet ſich die Methode des rigor durch die Maxime, mit der als Correctiv des Delictes geſetzten Privatſtrafe den Schadenerſatz ſelbſt zur einheitlichen Vermögenspräſtation zu verbinden, ſo daß der Schadenerſatz gewiſſermaßen in der poena aufgeht oder doch zum einigen Ganzen mit derſelben verſchmilzt, dementſprechend aber auch die Verpflichtung zur geſetzten Vermögenspräſtation ohne Weiteres an den Eintritt des betreffenden delictiſchen und in abstracto ſchadenfähigen Thatbeſtandes angeknüpft wird, gleichgültig im Uebrigen,

ob der dadurch Betroffene in concreto wirklich einen Schaden erlitten hat oder nicht; dann ferner durch die Maxime, für die an den betreffenden Thatbestand geknüpfte Vermögenspräſtation, ſomit auch für den mit der poena coincidirenden Schadenerſatz nicht einen concreten Maaßſtab der Summenbeſtimmung zu ſetzen, ſo daß das Quantum der Straf- und Schadenerſatz-Leiſtung nach dem Betrage der von dem Geſchädigten in concreto erlittenen Einbuße von dem Richter zu bemeſſen und demgemäß dieſer letztere Betrag für jeden einzelnen Fall beſonders zu eruiren wäre, als vielmehr für Strafe und Schadenerſatz einen abſtracten Maaßſtab zu ſetzen, ſo daß nach einem von der wirklich erlittenen Einbuße unabhängigen, ein für alle Mal gegebenen Anſatze jene Vermögenspräſtation ziffermäßig ſich fixirt, gleichgültig ſomit, auf wie hoch der von dem Betroffenen etwa erlittene Schaden in concreto ſich beziffert; endlich viertens durch die Maxime, da, wo ſolcher abſtracte Maaßſtab ein relativer iſt, als die Einheit, nach welcher die Summe der betreffenden Vermögenspräſtation von dem Richter zu berechnen iſt, den Preis: das pretium rei oder quanti res est des betreffenden Rechtsobjectes zu ſetzen und damit jener Berechnung einen durchaus objectiven Maaßſtab unterzulegen, den ſubjectiven Maaßſtab des Werthes dagegen: der utilitas oder des quanti interest durchaus fern zu halten.

Der erſte jener Sätze des rigor, das ſchadenfähige Verhalten als Delict zu behandeln und dementſprechend mit einer poena zu belegen, tritt, wie bemerkt, außerhalb der Sphäre des Civilrechts-Delictes zu Tage und bekundet ſich hier in einem ganz eigenthümlichen Rechtsgebilde: dem Civilproceßdelicte und zwar insbeſondere der temeritas litigii, welche ſelbſt wiederum zu zahlreichen, in § 78 feſtzuſtellenden Individual-Erſcheinungen im römiſchen Rechte ausgebildet worden iſt. Dagegen die letzten drei jener Sätze gewinnen ihre Beſtätigung in den bezüglich dieſes Civilproceßdelictes gültigen Ordnungen, finden aber auch bereits innerhalb der Sphäre des civilrechtlichen Eigenthumsdelictes eine ſcharfe und deutliche Ausprägung. Denn ſo bekundet ſich hier zunächſt der zweite der obigen Sätze darin, daß neben der actio poenalis das alte Recht eine reiperſecutoriſche Klage nicht giebt oder, richtiger geſagt, daß innerhalb jener Sphäre der rigor überhaupt keine reinen actiones poenales, als vielmehr lediglich

actiones mixtae kennt,[843]) während wiederum der dritte und vierte jener Sätze bei ſolchen Delicten darin ſich ausprägen, daß ein abſtracter Maaßſtab für Fixirung der Condemnations-Summe ſolcher actio mixta vielfach geſetzt wird und zwar ebenſowohl ein abſoluter Maaßſtab, wo ſomit jene Summe von dem Geſetze ſelbſt in Cardinalzahl ausgeworfen iſt, ſo bei den Klagen der XII Taf. wegen os servo fractum auf 150 Aß[844]) und wegen Abhauens fremder Fruchtbäume auf 25 Aß für den Baum,[845]) als auch ein relativer Maaßſtab, wo, indem das Geſetz in Proportionalzahl, ſomit nach Procenten jene Summe fixirt, zugleich das pretium des corpus delicti, nicht aber die Summe des verletzten Intereſſe als die Rechnungs-Einheit ſolcher Proportion zu Grunde gelegt wird, wie ſolches der Fall iſt bei den Klagen der XII Taf. auf reſp. quadruplum oder triplum oder duplum wegen Wucher, furtum conceptum, oblatum und nec manifestum, bei der actio furti ope consilio facti, de tigno iuncto und de rationibus distrahendis,[846]) nicht minder aber auch bei den Klagen

843) Nicht nur waren die Klagen wegen damnum iniuria datum zu allen Zeiten mixtae, ſondern auch die actiones furti wurden erſt zu Ausgang der erſten Periode durch Schaffung der cond. furtiva zu reinen actiones poenales: A. 1750. Allerdings abſorbirt auch in älteſter Zeit die a. furti die rei persecutio inſofern nicht vollſtändig, als daneben die rei vindicatio gewahrt blieb; allein dies unterfällt wiederum einem ganz anderen Geſichtspunkte und ſteht deshalb mit dem obigen Satze in keinerlei Widerſpruch: denn die vindicatio rei wider den Dieb ſetzt voraus, ebenſo daß der Beſtohlene Eigenthümer des corpus delicti iſt, ſowie daß der Dieb daſſelbe weder veräußert, noch vernichtet hatte.

844) Gai. III, 223. Paul. ad Ed. de Ini. (Collat. II, 5, 5).

845) A. 813. Analog iſt die actio iniuriae auf 25 Aß.

846) Für die Diebſtahlsklagen wird bei Plaut. als Einheit der Condemnationsſumme das quanti res est, nicht aber das quanti interest anerkannt, nämlich in Curc. V, 2, 20 fg.: ego quidem pro istac (sc. ancilla) rem solvi ab tarpessita meo, quam ego pecuniam quadruplicem abs te et [ab] lenone auferam, wo mit der a. furti nec manifesti auf duplum wider den leno und mit der a. furti ope consilio facti auf duplum wider den Angeredeten gedroht wird: vgl. Voigt im Rhein. Muſ. 1872. XXVII, 168 fg. dann ferner in Poen. I, 5, 56: dupli tibi auri et hominis fur leno siet; III, 1, 61: id duplicabit omne furtum; V, 6, 14: duplum pro furto mihi opus est, wozu vgl. S. 84. Wegen der ſpäteren Rechtswiſſenſchaft vgl. § 124 unter III. § 142 unter IV. — Wegen der a. ope, consilio furti facti vgl. A. 769. Die a. de tigno iuncto und de rationibus distrahendis ſind be-

aus den verſchiedenen Capiteln der lex Aquilia, inſofern ſolche auf quanti ea res fuerit ſich richten.[847])

Was nun das Civilproceßdelict[848]) betrifft, ſo beſteht deſſen Weſeneigenthümlichkeit darin, daß die rechtsverletzende Handlung des Deliquenten wider den Verletzten als Widerrechtlichkeit in Bezug auf die Civilproceßmittel ſich qualificirt, ſei dies ein unrechtmäßiger Gebrauch von ſolchen Proceßmitteln, ſei es eine Verletzung der durch das Civilproceßrecht auferlegten Verpflichtungen. Und zwar wird ſolches Civilproceßdelict ebenſo von dem honorariſchen Rechte aufgeſtellt, ſo die calumnia,[849]) die alienatio

---

ſonders qualificirte Diebſtahlsklagen; vgl. wegen der letzteren insbeſondere Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 20), Paul. sent. rec. II, 30, 1. Bei der Klage wegen Wucher lag dem quadruplum die nämliche Einheit zu Grunde, wie bei der a. furti: Cat. RR. I prooem. § 1.

847) Bei den actiones leg. Aquiliae concurriren zwei, reſp. drei Momente: a. die Einheit der Klagſumme iſt bei dieſen Klagen von Alters nicht das quanti interest, ſondern das quanti res est: A. 773. 433; b. in Bezug auf die Würderung des Vermögensſchadens iſt bei a. damni iniur. dati ein anomaler, dem Beklagten günſtiger Zeitpunkt vorgeſchrieben: § 72 unter 2 b; c. die Klagen ſind mit der poena iniustae infitiationis bewehrt: A. 871.

848) Daneben ſteht als zweite Unterart des Proceßdelictes im Allgemeinen das Criminalproceßdelict, welches im Criminalproceſſe begangen und meiſt auch mit publica poena beſtraft wird und deſſen beſondere Vorkommniſſe ſind die praevaricatio, tergiversatio und calumnia: Marcian. ad S. C. Turpil. (D XLVIII, 16, 1. pr.): accusatorum temeritas tribus modis detegitur et tribus poenis subiicitur: aut enim calumniantur aut praevaricantur aut tergiversantur. Vgl. Raſpe, Verbr. d. Calumnia 4 fg.

849) Calumnia iſt der doloſe Mißbrauch gewiſſer Prozeßmittel, begangen dadurch, daß eine Partei dieſelben ebenſo in einer ungerechten Sache, als auch in der Abſicht benutzt, dadurch der als ungerecht erkannten Sache den Sieg zu erringen: Gai. IV, 178: qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat, quam ex causa veritatis; Gloſſar in Sitzungsber. d. Akad. d. Wiſſ. zu München 1870. 200: calumpnia id est falsi criminis accusatio vel iurgium alienae litis. Unde calumpnior, aris id est reprehendere, falso accusare; Paul. Sent. rec. I, 5, 1. Cic. p. Mil. 27, 74 u. a. m., in welchen beiden erſteren Stellen jedoch die Beziehung auf den actor allein zu beſchränken iſt; vgl. auch Gai. IV, 162. 444. 474a, ſowie Raſpe a. O. 125 fg. Als Civilprozeßdelict iſt die calumnia honorariſch, als Criminalproceßdelict wenigſtens bezüglich der accusatio calumniae civil. Die civilproceßrechtliche calumnia wird reprimirt theils prohibitoriſch und zwar ebenſo gegenüber dem Kläger im weiteren Sinne (d. h.

iudicii mutandi causa facta, das ius dicenti non obtemperare, das dolo malo non edere rationes, das parentem, patronum contra edictum praetoris in ius vocare (A. 1866), das fideiussorem non recipere a parente, patrono, (A. 1893), das dolo malo facere, ut désinat habere oder quominus apud aliquem res sit (A. 938), das dolo malo facere, quominus a praetore in possessionem missus admissus non sit u. a. m., wie auch von dem ius civile, und ſo zwar nach Juſtinian in Nov. 112 c. 3 die civilproceſſualiſche tergiversatio und nach demſelben im Cod. VIII, 37, 4 die Veräußerung der res litigiosa Seitens des Beklagten, nach Conſtantin im C. Th. IV, 5, 1 die Ceſſion der actio mota Seitens des Klägers, nach einem edictum Augusti in fr. de Jur. fisc. 8. die Veräußerung des litigiöſen Immobile Seitens des Klägers,[850]) nach der lex Licinia die rei alienatio iudicii communi dividundo evitandi causa,[851]) nach dem S. C. Juventianum das facere, quominus possideat,[852]) endlich nach den XII Tafeln das iudicem litem suam facere,[853]) wie die temeritas litigii.

Die temeritas insbeſondere nun iſt der Mißbrauch gewiſſer Proceßmittel, begangen dadurch, daß eine Parthei dieſelben in einer ungerechten Sache benutzt.[854]) Denn gleich wie bei der

---

mit Einſchluß deſſen, der eine persecutio anſtrengt, wie z. B. operis novi nuntiatio, cautio damni infecti), als auch gegenüber dem Beklagten: durch iusiurandum de calumnia, theils pönal gegenüber dem Kläger durch a. calumniae auf reſp. $^1/_{10}$ oder bei Interdicten $^1/_4$ des Klagpetitum: Gai. IV, 174—176. 178. 163. Diocl. et Max. im C. Herm. V, 3. Val. Grat. et Valent. im C. Th. IX, 19, 4. § 1. J. Just. IV, 16, 1. vgl. Valent et Marc. in Nov. Mart. I, 1. § 7, theils endlich insbeſondere durch die a. adversus mulierem, quae ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicitur. Daneben tritt überdem die a. de pecunia calumniae causa accepta.

850) Vgl. Francke, Her. Pet. 30 fg.

851) Marc. 14 Just. (D. IV, 7, 12) und dazu J. T. Schön, de poena leg. Licin. Lips. 1771. Bachofen, ausgew. Lehren 82 fg. Francke, a. O. 53 fg.

852) Dig. V, 3, 20. §. 6. vgl. A. 938.

853) Vgl. Keller, Civ. Pr. A. 823. An Stelle der Rechtsordnung der XII Taf. trat ſpäter die a. si iudex litem suam fecerit.

854) Temeritas im vulgären Sinne iſt das blindlings, aufs Gerathewohl Handeln: Curtius, gr. Etym. 496 fg. Serv. in Aen. IX, 329: temere] significat sine causa; und ebenſo 375. Anderweite Bedeutungen ſ. bei Serv. cit. Charis. J. Gr. II p. 222 K., Papias Vocab., Fronto Diff. Voc. pr. 275 Nieb. (wo jedoch die definientia zu den falſchen definienda geſtellt

calumnia, ſo wird auch der Thatbeſtand der temeritas nicht durch den Mißbrauch eines jeden, ſondern nur gewiſſer Proceßmittel conſummirt, indem vielmehr von älteſter Zeit her das Recht in dieſer Hinſicht eine zwiefache Beſchränkung des Thatbeſtandes aufſtellt, in der Richtung nämlich, daß zum Thatbeſtande der temeritas im techniſchen Sinne theils beſtimmte Proceßmittel erfordert wurden, deren ungerechte Verwendung allein ſolche Relevanz gewinnt, theils aber auch bezüglich gewiſſer Proceßmittel ſogar die actiones im Einzelnen beſtimmt waren, bei denen allein die ungerechte Verwendung jener die temeritas begründete. Und zwar ſind jene Proceßmittel im älteſten Rechte beſchränkt auf das sacramentum der leg. actio Seitens beider Parteien, die Anſtellung des iudicium contrarium, das succipere gewiſſer actiones Seitens des Beklagten, die infitiatio ferner bei gewiſſen Klagen Seitens deſſelben, ſowie die vindiciae latio Seitens der Parteien, wozu dann ſpäterhin ebenſowohl neue Unterarten gefügt wurden, ſo namentlich in der sponsio und

---

ſind). Im Sacralrecht bezeichnet temerare techniſch die unüberlegte Vollziehung eines ſacralen Actes: Serv. in Aen. III, 178. Paul. Diac. s. v. p. 365. und ſo wird auch temere in Bezug auf das ius humanum verwendet von Ulp. 64 ad Ed. (D. XLII, 6, 1. § 17), Marc. ad S. C. Turp. (D. XLVIII, 16, 1. § 10), Symm. Ep. X, 70. Der techniſche Begriff von temeritas im ius civile iſt aber der obige, welchen bekundet Gai IV, 178: si causam non tenuerit (sc. actor), licet (i. e. etiamsi) aliqua opinione inductus crediderit se recte agere; Pap. 9 Resp. (D. XXXI, 1, 78. § 2): si ratio litigandi non fuit; J. Just. IV, 16. pr. (aus Gai. IV, 171): facile ad litigandum procedere. So findet ſich temere negare, petere, litigare, in iudicium vocare bei Gai. IV, 18. III, 222. IV, 171 fg. Ulp. 5 de Off. Proc. (D. V, 1, 79. pr.), ſowie temeritas tam agentium, quam eorum, cum quibus agitur in Inst. Just. IV, 16 pr. Von der calumnia unterſcheidet ſich die temeritas dadurch, daß während die erſtere ebenſo Dolus, wie einen beſtimmten animus erfordert (A. 849), für die letztere Beides nicht erfordert wird: Gai. IV, 178. Demnach iſt die privatrechtliche calumnia nur eine durch das honor. Recht beſonders qualificirte Unterart der temeritas, wie ſolches auch beſtätigt wird durch Paul. 5 Sent. (D. XL, 12, 39. § 1): calumnia eius, qui temere controversiam movit; vgl. Marc. ad S. C. Turp. (D. XLVIII, 16, 1. § 5). quaeri possit, si ita fuerit interlocutus: „Lucius Titius temere accusasse videtur", an calumniatorem pronuntiasse videatur. Et Papinianus: temeritatem facilitatis veniam continere et inconsultum calorem calumniae vitio carere et ob id hunc nullam poenam subire oportere.

restipulatio poenalis der lex Silia und lex Aebutia und in der litiscontestatio bei condictio der lex Calpurnia, wie auch anderntheils die Zahl der bei gewiſſen Proceßmitteln relevanten Klag-Individualitäten vermehrt wurde (§ 78).

Entſprechend nun dem Character des Delictes war die temeritas mit einer Strafe belegt, welche, abgeſehen von der sacra poena des iniustum sacramentum, eine privata war. Allein im Uebrigen iſt die temeritas, gleich mehrfachen anderen Civilproceßdelicten, regelmäßig nur unvollkommen als Delict entwickelt, inſofern dieſelbe von Alters her nicht eine eigene actio poenalis begründet, vielmehr nur als Incidentpunkt in und mit dem Hauptproceſſe ſelbſt zur Erledigung und Entſcheidung gebracht wird. Lediglich in ſpäterer Zeit adoptirt das prätoriſche Edict für die temeritas, welche durch ungerechte Anſtellung gewiſſer Klagen begangen wird, die andere Maxime, auf Zahlung der poena eine eigene neue Klage: eine a. contraria zu geben; denn ſo wird wegen der temeritas, welche conſummirt wird durch ungerechte Anſtellung der actiones iniuriarum, ſowie adversus mulierem, quae dicitur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse, ingleichen adversus eum, qui dolo malo fecerit, quominus a praetore in possessionem missus admissus non sit', wie des interdictum adispiscendae possessionis u. a., dem mit ſolcher Klage Belangten wider den Hauptkläger eine eigene actio temeritatis in der Form einer der Vorklage entſprechenden actio contraria oder eines iudicium contrarium gegeben (A. 866. 867).

Sodann aber iſt ein weiteres characteriſtiſches Merkmal der temeritas darin gegeben, daß ſolches Delict nur auf den obbezeichneten objectiven Thatbeſtand, nicht aber auch auf den ſubjectiven Thatbeſtand einer Verſchuldung des Deliquenten, ſei dies Dolus, ſei es Culpa geſtützt iſt, ein Moment, welcher ſolches Delict namentlich im Gegenſatze zum Civilrechtsdelicte, wie zur calumnia kennzeichnet (A. 854).

§ 78.

Die Unterarten und Strafen der temeritas litigii.

Die temeritas als Civilproceßdelict iſt im Verlaufe der röm. Rechtsentwickelung in acht verſchiedenartigen Erſcheinungsformen

ausgebildet worden, je nach der Verschiedenheit nämlich des dieselbe begründenden Thatbestandes. Diese Thatbestände aber sind

1. iniusta legisactio, die beiden Vorkommnisse umfassend von
   a. iniustum sacramentum, nach den XII Tafeln geahndet mit einer poena von 500 Assen bei Streitobjecten im Werthe von 1000 Assen oder darüber, dagegen mit einer poena von 50 Assen bei Streitobjecten im Werthe unter 1000 Assen, wie bei causae liberales,[855]) somit dort bedroht mit einer Maximalstrafe von 50 %, hier mit einer Minimalstrafe von fast 5 %;
   b. iniusta sponsio und restipulatio poenalis der lex Silia bei certi condictio, mit einer Strafe von 33$^1/_3$ % des Klagobjectes belegt.[856]) Hieran schließt sich an als ein der leg. a. paralleler Act des Formularprocesses
   c. iniusta sponsio und restipulatio poenalis der lex Aebutia bei certi condictio mit einer Strafe von 33$^1/_3$ % und bei a. de pecunia constituta mit 50 % bedroht,[857]) ingleichen des Interdictenprocesses, wo die poena wohl ebenfalls 33$^1/_3$ % betrug, aber der Werth des Proceßobjects vom Prätor gewürdert wurde.[858])
2. Iniusta actio[859]) und zwar

   A. auf Seiten des Beklagten: durch suscipere iniustam

---

855) Gai. IV, 14. 15.

856) Keller, Civ. Pr. § 18, sowie unten § 98.

857) Gai. IV, 13. 171. Cic. p. Rosc. com. 4, 10. 5, 14.

858) Gai. IV, 165—167. Nach Schmidt, Interd. Verf. 302 fg. soll der Prätor nach eigenem Ermessen die Höhe der poena ohne Weiteres bestimmt haben. Allein eine solche Unbeschränktheit ist doch dem alten Processe fremd; weit näher liegt daher die obige Annahme, die ihre Analogie findet darin, daß der Prätor ebenfalls das nicht in baar Geld bestehende Object zu würdern hat bei leg. a. sacram. und bei a. de pecunia constituta; ja analoges findet sich doch auch im Injurienprocesse: Gai. III, 224.

859) Zu den beiden Classen unter 2 und 3 vgl. Sell in Sell's Jahrb. II. 1 fg. 175 fg. Huschke in Ztschr. f. gesch. Rechtswiss. XIII, 256 fg. Rudorff das. XIV, 9 fg. — Beachtenswerth ist der von Sell S. 5 gelieferte Nachweis, daß die Quellen insofern incorrect sich verhalten, als sie den Unterschied der obigen beiden Classen unter 2A und 3 nicht immer gehörig beachten; vgl. im Besonderen A. 862. 865.

actionem. Diesfalls wird die temeritas nur gegenüber gewiſſen Klagen bedroht, nämlich bei

a. actio auctoritatis von den XII Taf. mit Strafe von 100 %, und

b. actio fiduciae cum amico ebenfalls von den XII Taf. mit Strafe von 100 %;[860])

c. actio redhibitoria wegen verweigerter stipulatio duplae bei Marktverkauf der Sklaven von dem ädiliciſchen Edicte nach dem Vorbilde der a. auctoritatis mit Strafe von 100 % bedroht;[861])

d. actio depositi in turba etc. dati, von dem prätor. Edicte nach dem Vorbilde der a. fiduciae cum amico mit Strafe von 100 % geahndet;[862])

e. actio legati ad pias causas, von Juſtinian mit einer Strafe von 100 % belegt.[863])

B. Auf Seiten des Klägers: durch movere iuiustam actionem. Diesfalls wird die temeritas der Klagerhebung ebenfalls nur bei gewiſſen Klagen bedroht, nämlich bei

a. iudicium contrarium des vindex im Legisactionen-

---

860) Paul. sent. rec. II, 17, 3. Nerat. 6 Membr. (D. XXI, 2, 48). — Paul. l. c. II, 12, 11: ex causa depositi lege XII tab. in duplum actio datur; vgl. A. 253. 1497. Es iſt hierbei wohl zu beachten, theils daß Paul. nicht ſagt: lege XII tab. in duplum actio depositi datur, theils daß in dem römiſchen Rechte der Weſtgothen fiducia oder pignus depositum das pignus, dahingegen pignus die hypotheca bezeichnet (Thl. II, 940 fg.), ſo daß, ſelbſt wenn Paul. ſchrieb: ex causa fiduciae cum amico lege XII tab. in duplum actio datur, eine Interpolation unabweisbar war, weil die fiducia cum amico im weſtgothiſchen Rechte ein Unding iſt. Im Uebrigen erkenne ich gegenüber der zutreffenden Bemerkung von Ubbelohde den. Realcontr. 41 an, daß dieſe Klage nicht auf dem Geſetze über die poena infitiationis beruhte, ſondern auf einem eigenen Geſetze beruhte; daher haben die XII Taf. ſicher auch ausgeſprochen, daß ex causa fiduciae cum creditore in simplum actio datur.

861) Edict in Dig. XXI, 1, 25. § 9 und dazu Gai. 2 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 45), Paul. 5 ad Sab. (D. XXI, 2, 2); vgl. A. 1361.

862) Edict in Dig. XVI, 3, 1. § 1, Nerat. 2 Membr. (D. XVI, 3, 18), Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 4), Modest. 2 Differ. (Collat. X, 2, 7), J. Just. IV, 6, 17. 23. 26. Theoph. in h. l. Vgl. A. 859.

863) Cod. I, 3, 46. § 7. Inst. IV, 6, 19. 23. 26. 16, 1. III, 27, 7. vgl. Marezoll in Ztſchr. f. Civ. R. V, 98.

prozeſſe gegenüber denjenigen Vorklagen, welche
Form der leg. a. per man. iniect. iudicati oder p
iudicato gekleidet ſind, mit 100 %;[864])

b. iudicium iudicati und depensi contrarium im Fo
mularprozeſſe mit 100 %;[865])

c. bei einer Anzahl honorariſcher Delicts-Klagen, ſo
a. iniuriarum mit 10 %, bei a. adversus muliere
quae dicitur ventris nomine in possessionem mis

---

864) Solches duplum folgere ich aus A. 865 und daſſelbe wird a
angenommen von Keller, Civ. Pr. A. 249, der jedoch mit Unrecht
Belege anzieht Gai. IV, 171. Cic. p. Flacc. 21, da Beide gar nicht auf
leg. a. ſich beziehen; vielmehr liegt ein directes Zeugniß nicht vor. — Ke
A. 251 ſtatuirt ſolches duplum auch gegenüber der leg. a. per man.
puram: allein ich habe durchaus keine Andeutung dafür in den Que
gefunden. — In dem Provinzialproceſſe fiel die leg. a. zwar hinweg, al
das iudicium contrarium gegenüber der entſprechenden Vorklage w
gleichwohl rückſichtlich der dupli poena gleich behandelt, und nur die N
wendigkeit des vindex entfiel, wie ſolches Cic. p. Flacc. 21, 49 ergiebt.

865) Gai. IV, 9. 171. Paul. sent. rec. I, 19, 1 und wegen a. dep
insbeſondere Gai. III, 127, wozu vgl. A. 859. Beide Vorklagen ſind
einzigen, die nach Gai. IV, 25. bis zur Aufhebung der leg. a. per m
iniect. noch in Form der manus iniectio iudicati und pro iudicato gefü
wurden, daher es berechtigt iſt, ſolche jene duplicatio als das Reſiduum ei
bei letzterer Legisaction früher allgemein gültig geweſenen Ordnung auf
faſſen. — Gai. IV, 9. 171. Paul. cit. und mit ihnen die citirten S
Huſchke, Rudorff und Keller § 58 unterſtellen das obige Vorkomm
der Kategorie des litem infitiando crescere in duplum; dies iſt dann
rect, wenn man einestheils die Parteirollen in der Vor- oder Hauptk
als maaßgebend anſieht: denn der Kläger des iudicium contrarium
Vorbeklagter; und wenn man anderntheils das revocare in duplum
infitiari actionem ſubſumirt. Allein Beides iſt bedenklich, weil hier
Quellen beiderlei Defenſionsmodalitäten ausdrücklich unterſcheiden,
aber die Quellen ein eigenes und neues iudicium, ſomit eine neue
theilung der Parteirollen anerkennen: durch das movere iudicium c
trarium wird der Vorbeklagte in Wahrheit Widerkläger und gerade
movere iudicium contrarium führt die duplicatio herbei. Schlechterdi
falſch aber wird dieſe Auffaſſung für den Legisactionenprozeß, wo
Vorbeklagte und der Widerkläger (vindex) ganz verſchiedene Perſo
ſind. — Durch meine obige ſyſtematiſche Auffaſſung wird der Widerſpr
fern gehalten zwiſchen Paul. sent. rec. I, 19, 2: ex his causis, quae infi
tione duplantur, pacto decidi non potest, und Afric. bei Gell. XX, 1.
erat — ius interea (d. h. nach Anſtellung der a. iudicati) paciscendi.

dolo malo ad alium possessionem transtulisse und adversus eum, qui dolo malo fecerit, quo minus a praetore in possessionem missus admissus non sit mit 20 %, wo allenthaben ſolche poena in Form einer eigenen actio contraria wider den ſachfälligen Kläger eingeklagt wurde;[866])

d. beim interdictum adipiscendae possessionis, dafern der ſiegende Kläger in dem darauf folgenden reſtitutoriſchen oder exhibitoriſchen Interdicte unterlag, mit 100 % des Beſitzobjectes und der omnis causa, wo ebenfalls ſolche poena durch ein eigenes iudicium contrarium: das iudicium Calpurnianum wider den dort unterliegenden Kläger eingeklagt wurde.[867])

3. Iniusta infitiatio, wo die temeritas nur gewiſſen Klagen gegenüber, durchgehends aber mit Strafe von 100 % belegt wird und zwar bei

a. Klage aus dem Nexum nach den XII Taf.;[868])

b. Klage aus der lex mancipii nach den XII Taf.,[869]) aber nach Maaßgabe der Klage aus dem Damnationslegate nur dann, wenn die Klage auf certum ſich richtete (A. 870);

c. Klage aus dem Damnationslegate auf certum, welche nach Aufkommen des testamentum per aes et libram von der Interpretatio durch Unterordnung ſolchen Legates

---

866) Gai. IV, 177—181. In IV, 174 unterſtellt derſelbe dies iudicium contrarium dem Geſichtspunkte einer Repreſſion der calumnia des Vorklägers; allein daß hier calumnia nicht ſtreng correct geſagt, vielmehr temeritas anzunehmen iſt, ergiebt mit vollſter Beſtimmtheit IV, 178.

867) Gai. IV, 170 nach der Reſtitution von Huſchke, Jurispr. Antei. wonach jedoch nur die omnis causa, nicht aber die res principalis verdoppelt ward, was ich für irrig halte.

868) Cic. de Off. III, 16, 65: cum ex XII tab. satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret; vgl. A. 239. Huſchke a. O. 264 fg.

869) Cic. in A. 868 cit. Paul. sent. rec. I, 19, 1. II, 17, 4; vgl. A. 463. 1168. Sell a. O. 20. Rudorff a. O. 429 ſtellen dieſen Fall in die Claſſe unter 2A: die Nichterfüllung jeder bei der Mancipation übernommenen Verbindlichkeit ſoll ſchlechthin zur Präſtation des duplum verpflichten. Allein dieſer Satz ſteht ebenſo mit den Quellen in Widerſpruch, wie er unerwieſen geblieben iſt.

unter die lex mancipii geſchaffen (A. 1169) und ſo nun auch der poena temeritatis unter b theilhaft wurde;[870])

d. wohl bei a. depensi der XII Tafeln (ſ. A. 1167);

e. bei den actiones legis Aquiliae.[871])

4. Widerrechtliche Nicht-Reſtitution des in ungerechter Streitſache übernommenen Prozeßbeſitzes, welche temeritas bedroht iſt

a. bei vindiciae latio in der leg. a. sacramento mit poena von 100 % der res ſammt fructus;[872])

b. bei Uebernahme des Prozeßbeſitzes in dem agere per sponsionem mit gleicher poena von 100 % der res ſammt omnis causa;[873])

c. bei emtio in der fructus licitatio der interdicta duplicia, mit der poena des pretium emtionis fructuum.[874])

5. Iniusta litiscontestatio, welche als temeritas beſtraft wird bei der condictio triticaria des Formularprozeſſes und ſo zweifelsohne bereits des Legisactionenprozeſſes der lex Calpurnia. Die diesfalls eintretende poena temeritatis iſt jedoch durchaus ſingulärer Beſchaffenheit: dieſelbe beſteht darin, daß, indem mit der Litisconteſtation die litigiöſe certa res oder das incertum ſich umſetzt in quanti ea res erit, ſonach

---

870) Gai. II, 282. IV, 9. 171. Paul. sent. rec. I, 19, 1. J. Just. III, 27, 7. vgl. Arndts in Glück, Pand. XLVI, 24. A. 54, Voigt, Cond. ob caus. A. 536.

871) Gai. III, 216. IV, 9. 171. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 2, 2. § 1), Paul. sent. rec. I, 19, 1. Diocl. et Max. im C. Just. III, 35, 5. J. Just. III, 27, 7. IV, 16, 1 Nov. 18 c. 8 u. a. m. Dieſe Klagen unterfielen der leg. a. legis Calpurniae und . reſp., aus cap. II, legis Siliae: A. 775.

872) Fest. v. vindiciae p. 376. Gai. IV, 16. 94. Pseudo-Asc. in Verr. p. 191. Im Uebrigen ſ. § 96.

873) Cic. in Verr. II, I, 45, 115. Pseudo-Asc. in h. l. p. 191. Gai. IV, 91. 94. Paul. 1 Sent. (fr. Vat. 336), Val. Prob. § 5. n. 22; im Uebrigen ſ. § 106.

874) Gai. IV, 167. — Bei der stipul. pro praede lit. vindic. und fructuaria wird die obige Strafe allerdings durch die Stipulation ſelbſt und gleich als Conventionalſtrafe ausgeſprochen; allein beide Stipulationen ſind doch wiederum necessariae und dies im Beſonderen auch bezüglich jener Strafen. Ein ähnliches Verhältniß waltet ob hinſichtlich der stipulatio iudicatum solvi unter 6a.

in incerta pecunia, damit die Gefahr der caſuellen, wie durch des Beklagten culpa in non faciendo herbeigeführten Vereitelung und Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, welche bisher den Gläubiger traf, fortan dem Letzteren abgenommen und gleich als poena dem Schuldner auferlegt, ſomit aber, abweichend von der Methode der XII Taf., die poena nicht als Procentzuſchlag zu dem quanti res est, als vielmehr als quanti res est ſelbſt geſetzt wird (§ 98).

6. Das Verhalten des Beklagten, es in einer ungerechten Streitſache auf die richterliche iudicatio ankommen zu laſſen, welches als temeritas bei gewiſſen Klagen mit poena belegt wird. Im Beſonderen aber fallen hierunter zwei Gruppen von Klagen: theils diejenigen arbitrariae actiones, bei denen in der iudicatio als Strafe eine multiplicative Erhöhung der richterlichen Würderung Platz greift, dafern der pronuntiatio de restituendo vom Beklagten nicht Folge geleiſtet wird: und dies iſt der Fall bei

a. formula petitoria, wo auf Grund der stipulatio iudicatum solvi die fructus maiores, d. i. das Alterum Tantum der von Abſchluß ſolcher Stipulation an producirten Früchte, als Strafe zu leiſten ſind (§ 84 unter E);

b. a. quod metus causa, mit Strafe von 300 % bedroht;

c. a. adversus eum, qui hominem mortuum in locum purum alterius intulisse dicetur, mit einer unbekannten Geldſtrafe bedroht;[875])

theils diejenigen andersartigen Klagen, bei denen der Solution zwiſchen Litisconteſtation und Urtheil der Effect beigemeſſen wird, die geſetzlich angedrohte Strafe abzuwenden, und dies iſt der Fall bei

d. a. vi bonorum ademtorum adversus publicanos, mit Strafe von 100 % bedroht;[876])

875) Daß dieſe Klage arbitraria iſt, beſagt Gai. 19 ad Ed. prov. (D. XI. 7, 7. pr.) und daß ſie auf poena pecuniaria ging, beſagt das Edict in Dig. XI, 7, 2. § 2; ob jedoch die Strafe in einer Multiplication des quanti res est oder in feſter Geldſumme beſtand, wird nicht beſagt.

876) Edict in Dig. XXXIX, 4, 1. pr.: quod publicanus eius publicani

e. bei den Klagen wegen verweigerter Reſtitution derjenigen res, die auf Grund eines abgelaufenen Vertrages in die zeitweilige Detention des Beklagten übertragen worden war, durch eine Conſtitution Zeno's von 484 mit Strafe von 100 % belegt.[877])

7. Die pluspetitio tempore, welche von Zeno mit Verdoppelung der Zahlungsfriſt und der Pflicht zur Zahlung der Prozeßkoſten, ſowie re, loco und causa, welche von Juſtinian mit Strafe vom triplum des dem Gegner verurſachten Schadens belegt iſt (A. 1766 fg.).

8. Die Diffeſſion von Beweis-Urkunden Seitens der Parteien in dem Falle, daß in der Darlehnsklage der Kläger den Urkundenbeweis gewählt hat und der Beklagte die ſolcher Klage entgegengeſtellte Ausflucht der beſchehenen Rückzahlung auf eine producirte Quittung ſtützt, wo nun einerſeits für den Beklagten ebenſo die wahrheitswidrige Diffeſſion des chirographum, wie die wahrheitswidrige Vorſchützung der exc. non numeratae pecuniae, und andererſeits für den Kläger die wahrheitswidrige Diffeſſion der apocha mit einer poena von 100 % belegt iſt.[878])

---

nomine vi ademerit quodve familia publicanorum, si id restitutum non erit, in duplum — — iudicium dabo; vgl. Gai. ad Ed. praet. urb. (D. XXXIX, 4, 5. pr.). Die Clauſel si restitutum non erit findet ſich daneben noch zwei Mal, obwohl in anderer Conception im Edicte in Dig. XXXIX, 4, 1. pr. fr. 12. § 1: si damnum iniuria fecerit et id — non exhibetur — iudicium dabo, ſowie im Edicte in Dig. IV, 9, 1. pr.: nautae, caupones, stabularii quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo, hier ſomit ohne Verdoppelung; endlich auch in mißbräuchlicher Verwendung bei Cic. in Verr. II, 12, 31. Dieſe Ordnung ſteht diametral entgegen der unter 5, wo zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil die Solution effectlos war. Der Unterſchied der obigen Ordnung von der unter 2 A und 3 beſteht darin, daß bei der erſteren, nicht aber bei den letzteren die Zahlung zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil das duplum abwendet, ſo daß das simplum genügt und zur Abſolution verhilft.

877) Im C. Just. VIII, 4, 10. und im Auszug daſ. IV, 65, 33. Zeno ſelbſt bezeichnet den Thatbeſtand durch impudentia. Mit Unrecht ſubſumirt Arndts, Pand. § 252, 1. dieſen Fall der Selbſthülfe: dafür fehlt ja doch der weſentliche ſubjective, wie objective Thatbeſtand.

878) Justin. in Nov. 18. c. 8, wozu vgl. Sell, a. O. 39 fg. Rudorff a. O. 354 fg. Es will mir jedoch ſcheinen, als ob Juſtin. weniger die temeritas, als vielmehr die calumnia habe reprimiren wollen.

§ 79.

Die Stellung im Allgemeinen des rigor gegenüber dem Syſteme der aequitas.

Nach § 75 bringt die aequitas das Princip der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung in verſchiedenen Unterſätzen und zwar zunächſt in der Richtung ebenſo des nemo damnum sentire per lucrum alterius, wie des nemo lucrari cum damno alterius debet zur Ausprägung, während wiederum die Durchführung dieſer beiden Poſitionen nach § 76 durch gewiſſe Rechtsmittel verwirklicht wird, denen theils die Aufgabe zufällt, neben ihren juriſtiſchen Hauptfunctionen zugleich jene Poſtulate der aequitas innerhalb deren eigenſten Gebietes zu vermitteln, theils aber auch die Aufgabe, die betreffenden Unterſätze gleichmäßig innerhalb der Sphäre des rigor und der aequitas oder auch innerhalb der Sphäre des erſteren allein durchzuführen, nämlich die a. und exc. doli mali, wie quod met. c., die condictiones ob caus., wie die gegebenen Klagen in ihren Qualificationen als a. de eo quod certo loco, de in rem verso, rescissoria oder restitutoria und als a. utilis ex contractu vel quasi oder ex delicto auf id quod pervenit oder quanto locupletior factus est, endlich beziehendlich auch die a. ex stipulatu.

Alle dieſe letzteren Rechtsmittel ſind indeß dem älteſten Rechte völlig fremd, indem dieſelben ausnahmlos einer ſpäteren Zeit ihre Entſtehung verdanken; denn dem ſechſten Jahrhunderte gehören an die a. ex stipulatu und rescissoria (§ 107), und in den zweiten Abſchnitt der erſten Periode fallen die a. und exc. doli mali und quod met. c., die a. de eo quod certo loco und de in rem verso, wie die cond. ob caus. (§§ 118—121), während alle übrigen der obigen Klagen erſt aus der zweiten Periode datiren (§ 134). Daher bleibt innerhalb der Sphäre jener Rechtsmittel der rigor des älteſten Rechtes völlig unberührt von den bezüglichen Ordnungen der aequitas.

Was dagegen jene andere Gruppe von Klagen anbetrifft, ſo fallen darunter einestheils die arbitria der leg. a. per iud. post., denen die Aufgabe zufällt, auch in dem älteſten Rechte die aequitas zur Geltung zu bringen, und die ſomit, indem ſie hier in einer

extenſiv beſchränkten Beziehung die Rechtsſphäre der aequitas ergeben (§ 102), damit im ſcharf contraſtirenden Gegenſatz zu dem geſammten übrigen strictum ius treten und das letztere in ſeiner Arteigenthümlichkeit völlig unberührt und unbeeinflußt belaſſen; und anderntheils fallen darunter die dingliche Klage per formulam petitoriam und die bon. fid. a., die, ſelbſt wiederum erſt dem zweiten Abſchnitte der erſten Periode ihre Entſtehung verdankend (§ 109. 130), auf dem Gebiete des dinglichen wie des perſönlichen Rechtes in manichfachen Beziehungen die Poſtulate des aequitas zur Geltung bringen. Allein gerade dieſen letzteren Functionen ſolcher beiden Klagſpecies ſtehen wiederum die denſelben correſpondirenden Klaggebilde des älteſten Rechtes: die vindicatio der leg. a. sacramento, wie die lites und condictiones der leg. a. sacramento und per condictionem durchaus fern, ſo daß auch nach dieſer Richtung hin das älteſte Recht den Einwirkungen der aequitas ſich verſchließt. Denn, was zunächſt die leg. a. sacramento in rem anbetrifft, ſo iſt dieſe, ebenſo wie die ſpätere vindicatio per sponsionem durchaus fremd jener der formula petitoria zufallenden Function ebenſo als Schädenklage zu dienen wegen verſchuldeter frustratio restituendi oder wegen verſchuldeter Vereitelung der Reſtitution am legalen Leiſtungsorte oder wegen verſchuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Reſtitution nach ihrem öconomiſchem Gehalte, wie auch als Bereicherungsklage zu dienen in Function einer condictio sine causa oder einer Klage auf Reſtitution der vom Beklagten durch das Vindicationsobject lucrirten Bereicherung (§ 85), indem vielmehr die geſammte Ordnung des richterlichen Officium bei jenen beiden Proceßformen den iudex ſtrict auf das Urtheil über die ſtreitige Eigenthumsfrage an ſich beſchränkte, dagegen demſelben jede Entſcheidung über die pecuniären Conſequenzen, die aus der Zuſtändigkeit oder Nichtzuſtändigkeit ſolchen Eigenthumsrechtes in concreto etwa ſich ergeben, vollſtändig abſchnitt (§ 96). Und nicht minder ſtehen den der bonae fidei actio zufallenden Aufgaben, als Schädenklage zu fungiren wegen mora solvendi oder accipiendi oder wegen Vereitelung der Solution am legalen Leiſtungsorte oder wegen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, ingleichen wegen dolus malus, vis und reticentia, wie wegen Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae, oder

wiederum als Bereicherungsklage zu dienen in Function einer condictio ob causam oder einer Impenſenklage oder einer Reſtitutionsklage auf das durch die res debita gemachte lucrum (§ 86 fg.) von vornherein ebenſo die stricti iuris actiones in personam des XII. Tafelrechtes (§ 97), wie auch die condictiones gänzlich fern, indem lediglich bei der condictio triticaria Rechtsſätze auftreten, welche zwar gewiſſe Fälle einer verſchuldeten Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Inhalte reprimiren, dabei aber doch wiederum ganz eigenartige und von der aequitas abweichende Geſichtspunkte bekunden (98).

So ſteht daher von Alters her der rigor gleichmäßig in einer durchgehends negativen Haltung den obigen beiden Poſitionen der aequitas gegenüber, inſofern derſelbe in keiner ſeiner Rechtsordnungen die Sätze der Letzteren adoptirt und verwirklicht. Allein gegenüber der erſten Poſition der aequitas im Beſonderen, welche die ungerechtfertigte Vermögenſchädigung nach Maaßgabe des Axiomes nemo damnum sentire per lucrum alterius debet reprobirt, iſt im Uebrigen ſolche Stellung des rigor doch wiederum eine zwiefältige, inſofern jener negative Gegenſatz zur aequitas in gewiſſen Punkten ein contradictoriſcher, in anderen Punkten dagegen ein conträrer iſt, dort ſomit in einer rein negirenden Tendenz des Rechtes zu Tage tretend, hier dagegen in der Weiſe ſich kund gebend, daß den Sätzen der aequitas in einem gewiſſen Parallelismus andere Ordnungen des rigor gegenübertreten, die jedoch ſelbſt von durchaus verſchiedenen leitenden Geſichtspunkten ausgehen und beſtimmt werden.

Und zwar tritt dieſer conträre Gegenſatz des rigor zur aequitas darin hervor, daß der erſtere ſelbſteigen eine der letzteren parallele Rechtsordnung aufſtellt, dabei aber ſolche Ordnung von ganz eigenartigem und der aequitas fremdem Geſichtspunkte aus auffaßt und beurtheilt, nach ganz eigenartiger Methode durchführt und detaillirt, wie endlich auch an ganz eigenartig beſtimmte Thatbeſtände anknüpft, daher nun die normirenden Satzungen an ſich je des rigor oder der aequitas weſentlich verſchiedene, die dadurch normirten Thatbeſtände aber zwar theilweis in zufälliger Uebereinſtimmung die gleichen, theilweis aber auch wiederum ganz andere ſind. Und zwar prägt ſich ſolches Verhältniß in der hiſtoriſch zu Tage tretenden Erſcheinung aus, daß jene Parallelord-

nungen je von rigor und aequitas wesentlich verschiedene theoretische Größen oder institutionelle Gebilde ergeben; daß ferner die Sphäre jener Ordnungen eine wesentlich verschiedene ist; und daß somit im Allgemeinen jene Parallelbildungen selbst in ihrer ganzen Structur, wie in ihrer systematischen Stellung innerhalb des Rechtes einander durchaus unähnlich sind und weit weniger in ihrem juristischen Naturell, als vielmehr lediglich in ihrer practischen Tendenz und Wirksamkeit das Merkmal von etwas Verwandtschaftlichem an sich tragen. Diese Ordnungen selbst aber, bezüglich deren solches Correspondenzverhältniß Platz greift,[879] sind einestheils die von dem rigor mit der Mancipation verknüpfte Verpflichtung einer ipso iure eintretenden Haftung für Eviction (A.1197), welche, durch selbsteigene Klage: die a. auctoritatis geltend gemacht, in Parallelismus steht mit der von der aequitas an das entgeltliche Veräußerungsgeschäft ipso iure angeknüpften Verpflichtung zur Leistung der stipulatio duplae vel simplae (§ 112); und sodann anderntheils gewisse Unterarten der temeritas litigii, welche zugleich die der aequitas unterfallenden Thatbestände der mora solvendi, wie der verschuldeten Vereitelung oder Beeinträchtigung der dinglichen Restitution nach ihrem ökonomischen Gehalte betreffen (§ 97 fg.). Denn in der That wird für diejenigen poenae temeritatis, welche lediglich die eine Proceßpartei und zwar den Beklagten allein oder resp. dessen Vertreter, den vindex treffen: für die poena falsae vindiciae latae bei leg. a. sacramento in rem, wie beim in rem agere per sponsionem, dann für die poena iniustae infitiationis bei der Klage aus dem Nexum, aus der lex mancipii und dem Dammationslegate auf certum, wie bei a. depensi der XII Tafeln und bei a. legis Aquiliae, nicht minder für die poena iniustae actionis susceptae bei a. auctoritatis, wie endlich für die poena iniustae litis contestationis bei cond. triticaria durch solche Androhung wider den Beklagten allein die Beimischung eines reipersecutorischen Elementes auf das Deutlichste bekundet; und indem als solches reipersecutorische Element einzig und allein der Schadenersatz sich anerkennen läßt, so

879) Denn nicht gehört hierher, daß gewisse von der aequitas reprimirte Handlungen bereits nach ältestem Rechte mit Delictsklage verfolgt werden konnten, wie z. B. die vis durch a. iniuriarum; vgl. Keller, Inst. 144 fg.

ſtellen ſich nun jene poenae ſelbſt als Schadenerſatz dar von pönaler Qualification und mit pönaler Steigerung. Und dem entſpricht auch, daß, indem alle jene poenae, mit Ausnahme der iniustae litis contestationis, in der duplio rei beſtehen, die älteſte röm. Volksanſchauung in der That von der Auffaſſung beſtimmt wurde, daß die duplio rei, ſomit 100% der res, den pönal qualificirten und in abstracto veranſchlagten Schadenerſatz ergebe,[880]) während wiederum die poena iniusti sacramenti, bei der ſolche reiperſecutoriſche Beimiſchung gänzlich fehlt, nicht nach Procenten, ſondern nach dem abſtracten Anſatze von 500 oder 50 Aſſen beſtimmt iſt.

Dahingegen über jene Momente hinaus geſtaltet ſich der Gegenſatz des rigor zur aequitas bezüglich der in § 75 dargelegten beiden erſten Poſitionen rein contradictoriſch: es ſtellt außerhalb der Sphäre der obigen Ordnungen der rigor überhaupt gar keine

---

880) Vgl. Sell in Sell's Jahrb. I, 188 fg. II, 13. A. 7. So unter den Civilrechtsdelicten bei a. furti nec manifesti, de tigno iuncto, de rationibus distrahendis, furti ope consilio facti, bei den Diebſtahlsklagen wider den impubes, und dann bei res litigiosa in sacrum dedicata, ebenſo wie bei der Plünderung des Tempelſchatzes der Proſerpina zu Locri durch Pleminius im Jahre 550: Liv. XXIX, 19, 7. und nicht minder bei der litis aestimatio im crimen repetund. nach lex repet. im C. J. L. I no. 198 lin. 59, bei a. falsi leg. Corneliae nach Modest. 1 de Poen. (D. XLVIII, 10, 32. § 1): si venditor mensuras publice probatas vini, frumenti vel cuiuslibet rei aut emtor corruperit dolove malo fraudem fecerit, quanti ea res est, eius dupli condemnatur; bei a. ex cap. IX leg. Jul. de adult. de damno quaestione servi accusati iniuria dato: Pap. 2 de Adult. (D. III, 6, 9), Ulp. 3 de Adult. (D. XLVIII, 5, 27. pr. § 16), Marc. 1 de Jud. publ. (D. eod. fr. 28), Diocl. im C. Just. IX, 46, 6. Daher iſt bei dem quadruplum der Wucherklage und dem triplum der a. furti concepti und oblati das duplum und reſp. simplum reine poena. Dagegen nur 50% ſetzt die lex Jul. munic. v. 709 im C. J. L. I no. 206 lin. 40 fg.: si is — — — eam pecuniam diebus XXX proxumis — — ei — — non solverit neque satisfecerit, is — — tamtam pecuniam et eius dimidium ei — — dare iubeto inque eam rem is quocunque de ea re aditum erit, iudicem iudiciumque ita dato, uti de pecunia credita [iudicem] iudiciumque dari oportebit, wo jedoch im Klagfalle noch sponsio und restipulatio poenalis mit poena tertiae partis Platz greift. Dagegen von einer Verwechſelung von Strafe und Erſatz kann im römiſchen Rechte gar nicht die Rede ſein. — Endlich wegen der poena iniustae sponsionis und restipulationis poenalis, wo fremdländiſche Anſchauungen zu Grunde liegen, vgl. § 99 unter C 1.

Rechtsſätze auf, welche in einem Parallelismus mit den entſprechenden Sätzen der aequitas ſtänden und die von der Letzteren normirten Verhältniſſe und Beziehungen nach einer irgend wie correſpondirenden Richtung regelten. Vielmehr bietet hierin der rigor und ſomit das älteſte Recht ſelbſt im Vergleiche mit dem jüngeren eine völlige Lücke, die in keiner Weiſe durch entſprechende Satzungen ausgefüllt ward. Und ſolches nun iſt namentlich der Fall bezüglich der Schädigung durch frustratio restituendi, mora accipiendi, wie durch dingliche Reſtitution oder Solution an dem nicht legalen Leiſtungsorte, nicht minder ſodann durch dolus malus, vis, Benutzung des error in der Willensbeſtimmung des Mitcontrahenten und reticentia; wie endlich auch bezüglich der quaſicontractlichen Bereicherung vermittelſt eines pecuniär indifferenten Erwerbmodus mit vitiöſer causa oder vermittelſt Delictes oder eines nicht verbindlichen Rechtsgeſchäftes, ingleichen durch die vom Debitor auf die res debita aufgewendeten impensae, wie durch das mittelſt der res debita erworbene lucrum, oder durch cap. dem. oder absentia.

Endlich dann dem dritten Unterſatze der aequitas ſteht nach § 75 die Poſition des rigor gegenüber, daß die Klage profeſſionell nur das Vermögensintereſſe des Klägers in ſtrenger Einſeitigkeit zu wahren und zu ſchützen berufen iſt, und dies zwar nach der doppelten Richtung hin, daß einestheils die Proceßformel, indem ſie die actio des Klägers, wie die defensio des Beklagten verlautbart, nur in der actio einen Klaganſpruch oder eine civilrechtliche actio zum Ausdrucke bringt, in der defensio dagegen nur die infitiatio des Beklagten, nicht aber eine civilrechtliche actio deſſelben geltend machen kann, ſomit aber die ſolenne Parteirede in iure immer nur einen Rechtsanſpruch des Klägers zu deſſen aggreſſiver Geltendmachung, nicht aber auch einen ſolchen des Beklagten zu defenſiver Geltendmachung in ſich aufzunehmen geeignet iſt;[881])

881) Keller, Civ. Pr. § 36 drückt dies ſo aus: Die leg. a. konnte nur pura ſein. Allein dieſer Ausdruck, obgleich glücklich gewählt im Gegenſatze zu dem Formularproceſſe, iſt doch nicht befriedigend: denn das arbitrium der leg. a. per ind. post. iſt auch purum und doch kommt dabei der Gegenanſpruch, wenn auch nicht ope exceptionis, ſo doch ipso iure zur Geltung: § 102. Daher iſt es beſſer, mit Cic. p. Rosc. com. 4, 11 zu ſagen: die leg. a. des strictum ius iſt simplex. — Da es gegenüber der vindicatio nur

und daß ſodann anderntheils die Klage das Vermögensintereſſe des Klägers allein, inſoweit ſolches durch die behauptete Verletzung des klagbar gemachten Rechtes betroffen iſt, nicht aber auch das Intereſſe des Beklagten nach der Richtung hin zu wahren hat, als ſolches durch die Anerkennung und Durchführung des Klaganſpruchs etwa beeinträchtigt werde. Und dieſe Sätze des rigor, welche bekundet werden von

Cic. p. Rosc. com. 4, 10: iudicium est pecuniae certae; — ad iudicem hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus;

Sen. de Ben. III, 7, 5: iudicem — formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit;

treten nun im Beſonderen darin zu Tage, daß einestheils zur Geltendmachung des Klagerechtes oder der actio im civilrechtlichen Sinne nur ein einziges Rechtsmittel: die actio im proceſſualiſchen Sinne gegeben iſt, ſomit aber im Allgemeinen eine exceptio zur Geltendmachung der actio nicht gegeben iſt, im Beſonderen aber der Gegenanſpruch gegen den Klaganſpruch ſelbſt wieder durch eine eigene Klage proceſſualiſch zur Geltendmachung zu bringen iſt;[882]) ſowie daß anderentheils der Richter nur über

---

eine einzige legale Form der infitiatio gab: die contravindicatio auf hanc ego rem ex iure Quir. meam esse aio, ſo daß alſo die infitiatio: hanc ego rem ex iure Quir. tuam esse nego oder non esse aio das pro confesso esse bewirkte, ſo ergiebt ſich daraus: zuerſt daß die contravindicatio durchaus nur die juriſtiſche Bedeutung einer infitiatio hatte; ſodann daß dieſelbe nicht die Bedeutung einer Gegenklage hatte; und endlich daß ſonach die vindicatio kein iudicium duplex begründete, wovon denn in der That auch die römiſche Jurisprudenz gar keine Ahnung hat.

882) Ich halte für richtig die von Ihering, Geiſt d. r. R. III, 1.² S. 108 fg. aufgeſtellte, auch von Karlowa, Civ. Pr. 348 adoptirte Anſicht, daß im Legisactionenproceſſe die Einrede gegen die Klage, (obwohl mit Ausſchluß der Gegenforderung, wo nur a. directa ſtatthaft war) durch a revocatoria geltend zu machen war, welche ſelbſt in Form des iudicium der leg. a. per iud. post. gekleidet war. Von einem Eingehen auf dieſen Punkt iſt jedoch hier abzuſehen, weil hier nur die obige, unbeſtrittene Negation von Intereſſe iſt, daß für die Exception nicht eine defenſive Legisactionsformel gegeben war. Dagegen die Annahme von Keller, a. O. § 36, daß über die Exception in der leg. a. im Wege entweder einer extraordinaria cognitio des ius dicens oder der Sponſion verfahren worden ſei, iſt unerwieſen, da, was den letzteren Moment betrifft, Plaut. Rud. V, 3, 24.,

das Recht- oder Unrechthaben der Parteien gegenüber der erhobenen actio zu entscheiden hat, somit aber ohne Weiteres seiner Competenz ein Eingreifen zum Schutze der Interessen des Beklagten auch insoweit versagt ist, als solche im Falle von dessen Condemnation irgendwie beeinträchtigt würden.

Im Uebrigen aber gewinnen die obigen beiden Sätze des rigor, indem sie, wie in § 66 und 75 unter III bemerkt, in der innigsten Beziehung stehen mit den beiden in § 66 dargelegten Positionen des rigor bezüglich der gebundenen richterlichen Cognition, ihre volle Deutlichkeit und Anschaulichkeit erst in ihrer Verbindung mit den letzteren, welche darzustellen Aufgabe der historischen Abtheilung ist (§ 96 fg.).

Drittes Capitel.

Die aequitas und deren einzelne Positionen unterhalb des Principes der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung.

§ 80.

Das Postulat der Ersatzleistung für verschuldete ungerechtfertigte Vermögensschädigung.

Die aequitas knüpft den ersten der in § 75 unter I dargelegten Untersätze: das Verbot des nemo damnum sentire per lucrum alterius debet an einen doppelten wesentlichen thatbeständlichen Moment: theils an den vermögensschädigenden Effect, welchen das nicht als Delict reprimirte Verhalten Jemandes für einen Anderen hat; theils an die Qualification dieses Verhaltens als iniquitas oder, vom Standpunkte der lex lata, als iniuria (A. 809), somit an den Umstand, daß einestheils das Verhalten des Handelnden mit Rücksicht auf den dadurch resultirten schädigenden Effect oder, was dasselbe besagt, daß die durch jenes Ver-

worauf Keller sich beruft, gar keine Beziehung hat zu einer in der leg. a. vorgeschützten Exception; s. Voigt, Bedeutungswechsel A. 55; gegenüber dem ersteren Punkte aber kommt in Betracht Beil. XX A. 66.

halten reſultirte Schädigung für den dadurch Betroffenen in ihrem objectiven Thatbeſtande als ungerechtfertigt ſich darſtellt, und anderntheils wiederum die mit jenem Verhalten des Schädigenden ſich verbindende Willensbeſtimmung als culpa d. h. als Verſchuldung jenes ſchädigenden Erfolges ſelbſt ſich qualificirt.

Was zunächſt nun dieſe Qualification des ſchädigenden Verhaltens als ungerechtfertigt oder als iniquitas betrifft, ſo beruht dieſelbe einerſeits auf der dabei concurrirenden Verſchuldung des Schädigers und andererſeits auf dem zwiefältigen objectiv thatbeſtändlichen Verhältniſſe, daß jenes Verhalten entweder eine Verletzung gewiſſer dem Schädiger gegen den Geſchädigten obliegender d. h. von der aequitas anerkannter Verbindlichkeiten enthält, oder aber daß daſſelbe eine delictähnliche d. h. nicht vom ius, aber von der aequitas als Delict anerkannte und mit reiperſecutoriſchem Effecte bekleidete Verletzung des Geſchädigten durch den Schädiger involvirt.

Zunächſt aber bei jener erſten Claſſe von Handlungen, indem dieſelbe die Verletzung obliegender Verbindlichkeiten umfaßt, wird das Verhalten des Schädigers relevant vornämlich als ein non facere: als Nichtthun deſſen, was die Verbindlichkeit erheiſcht, nicht minder aber auch als Vereitelung der Möglichkeit von der Erfüllung ſolcher Verbindlichkeit. Und ſolchen Thatbeſtand bezeichnen die Quellen techniſch durch eine vierfache Ausdrucksweiſe, nämlich

zuerſt durch facere, quo minus oder ut non fiat, quod fieri oporteat, oder auch: facere quo magis oder ut fiat, quod non fieri oporteat; ſo in

demonstr. der a. fiduciae; dolo malo fecisti dolove tuo malo factum est, uti non restituatur: Beil. XX § III;

condemnatio der a. de peculio: quodve dolo malo Num. Negidii factum est, quominus in peculio sit: Nerat. 2 Resp. bei Paul. 4 Quaest. (D. XV, 3, 19) vgl. Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 1. § 1. fr. 21);

condemnatio der a. tributoria: quodve dolo malo Num. Negidii factum est, quominus ita tribuatur: Ulp. 29 ad Ed. (D. XIV, 4, 7. § 2);

lex rom. auf der tab. Bant. in C. J. L. I no. 197 lin. 7: fecerit

[g]esseritve, quo [quae fieri oporteat, minus fiant]; vgl. lin. 26;

lex repet. in C. J. L. I no. 198 lin. 70. 71: nec — [facito, quo] minus setiusve fiat; — neive facito, quo quis eorum minus — adesse possit;

lex agr. v. 643 in C. J. L. I no. 200 lin. 9: neive quis facito, quo — [minus habeat]; lin. 11: nei quis facito, quo m[i]nus ei oetantur; lin. 84: [neive quis quid fax-] sit, quo minus — fiat;

lex Anton. de Termess. v. 683 in C. J. L. I no. 204 lin. II, 14 fg.: neive quis alius facito neive inperato, quo quid magis iei dent;

Sent. Minuc. v. 687 in C. J. L. I no. 199 lin. 34 fg.: neive prohibeto, quo minus — sumant;

lex Rubr. um 705 in C. J. L. I no. 205 lin. I, 52: neive quid aliud facito, quo minus — detur;

lex Jul. mun. v. 709 in C. J. L. I no. 206 lin. 71 fg.: neve — saeptum clausumve habeto, quo minus — utatur; lin. 117: neque d(olo) m(alo) fecit, fecerit, quo minus ea rata sint;

lex Jul. de adult. v. 736 bei Paul. 22 Quaest. (D. XLVIII, 10, 14. § 2): dolo malo facere, quominus ad eum perveniat;

lex Jul. et Pap. Pop. v. 4—9 bei Ulp. 7 ad l. Jul. et Pap. (D. XXIV, 3, 64. § 7): si dolo malo aliquid factum est, quominus ad eum perveniat;

S. C. Juvent. v. 129 in Dig. V, 3, 20. § 6: etiamsi — fecerint, quominus possiderent;

Edict. perpet. in Dig. II, 7, 4. § 2: neve faciat dolo malo, quo magis eximeretur; in Dig. IX, 4, 21. § 2: se dolo malo fecisse, quominus esset, wozu vgl. Jul. 22 Dig. (D. IX, 4, 16); in Dig. XLIII, 2, 1. pr.: quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere; in Dig. XLIII, 4, 1. pr.: si quis dolo malo fecerit, quominus quis permissu meo — in possessionem bonorum sit; in Dig. XLIII, 5, 1. pr.: dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse (sc. tabulae testamenti penes te); in Dig. XLIII, 26, 2. pr.: dolo malo fecisti, ut[i] desineres

habere; in Dig. XLIII, 30, 1. pr.: dolove malo tuo factum est, quominus apud te esset;

Pomp. 22 ad Sab. (D. XII, 1, 5): dolo malo feceris, quominus esset;

ſodann durch per aliquem fit, quominus fiat, quod fieri oporteat, ſo in

Stipulation nach Cat. 15 Jur. civ. bei Paul. 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 4. § 1); Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 18), 52 Dig. bei Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 6) und bei Scaev. 13 Quaest. D. XLV, 1, 131. pr.); Pomp. 5 ad Qu. Muc. (D. XLV, 1, 111); Gai. 1 ad ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 22); Ulp. 22. 50 ad Ed. (D. XLV, 1, 75. § 7. XLV, 1, 50. pr.), 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 1); Paul. 37. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 49. § 1. 2. fr. 83. pr.), 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 2. § 5);

Teſtament bei Scaev. 18 Dig. (D. XXXII, 1, 37. § 3);

Cic. ad Att. XI, 12, 2. ad Fam. I, 4, 2. Liv. IX, 5, 3. Ofil. bei Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIV, 3, 18. § 1), Proc. 6 Ep. (D. XVIII, 1, 68. § 2), Pomp. 22 ad Sab. (D. XII, 1, 5), Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 26. § 4);

ferner durch per aliquem stat, quominus fiat, quod fieri oporteat,[883]) ſo z. B. in

Edict. perp. in Dig. XIII, 5, 16. § 2. fr. 18. pr.: neque per actorem stetit, quominus fieret;

Rescr. Severi in Dig. L, 13, 1. § 13., wie Severi und Carac. in Dig. XIX, 2, 19. § 9. XXXII, 1, 38. § 6;

Ter. Andr. IV, 2, 16 fg. Liv. VIII, 2, 2. und die daſelbſt von Drakenborch Citirten;

Serv. bei Pomp. ex var. lect. (D. IV, 8, 40) und bei Ulp. 77 ad Ed. (D. XXII, 2, 8); Alfen. Var. 2 Dig. (D. XVIII, 6, 12), 3 Dig. (A. 1078) bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33); Lab. bei Jav. 6 ex Post. Lab. (D. XXIII, 5, 18. § 1); Sabin. bei Pap. 2 Quaest. (D. XLV, 1, 115. § 2); Proc. 5 Ep. (D. II, 14, 36); Cels. 2 Dig. bei

---

883) Der Ausdruck findet ſich auch in Beziehungen, wo dadurch eine Rechtsverletzung nicht bezeichnet wird, ſo bei Tryph. 15 Disp. (D. XIII, 1, 20), wozu vgl. Mommſen, Beitr. III, 5. A. 2.

Ulp. 13 ad Ed. (D. IV, 8. 23. § 1,; Jul. 33. 39. Dig. (D. XXX, 1, 84. § 3. fr. 94. § 2); Marcell. 8 Dig. (D. XXVI, 7, 28); Afric. 5. 7. Quaest. (D. VII, 1, 36. § 2. XLIV, 7, 23. XVII, 1, 37); Scaev. 5 Resp. (D. XLV, 1, 135. § 2), 19 Dig. (D. XXXII, 1, 38. § 6); Pomp. 6. 9 Ep. (D. XXXIII, 6, 8. XLVI, 3, 92), 9 ad Sab. (D. XLV, 1, 23);

endlich durch per aliquem mora est, quominus fiat, quod fieri oporteat, und zwar nicht allein zur Bezeichnung der Verzögerung einer Leiſtung, wie in

lex repet. in C. J. L. I no. 198 lin. 24. 26. 35: mora erit, quo minus faciat;

lex vini in doliis vendundi bei Cat. R. R. 148, 1: quot dies per dominum mora est, quo minus vinum degustet;

Sabin. bei Jav. 2 Epist. (D. XLV, 1, 105), Proc. 2 Ep. (D. XLV, 1, 113. pr.), Pomp. 14 ad Sab. (D. XXIV, 3, 9): per aliquem mora est, quominus fiat;

ſondern auch zur Bezeichnung der Vereitelung oder gänzlichen Unterlaſſung einer Leiſtung, wie bei

Lab. 2 Post. (D. XXXII, 1, 30. § 5): per mulierem mora non est, quominus cum filio habitet;

Pomp. 32 ad Sab. (D. L, 17, 39): in omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quominus fiat (d. h. die Vereitelung der Möglichkeit eines Vorganges wird behandelt, wie der Eintritt ſolchen Vorganges).

Insbeſondere endlich die Vereitelung der Möglichkeit von der Erfüllung einer Verbindlichkeit [884]) wird bezeichnet durch die Clauſel factum est, uti non oder quominus fiat, ſo in der obcitirten demonstr. der a. fiduciae, in der in A. 919 dargelegten taxatio in der cautio iudicialis bei Paul. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 30. pr.) si quid — ad eum pervenit dolove malo eius factum

884) In ſachlicher Beziehung vgl. Pomp. 32 ad Sab. (D. L, 17, 39) cit., 9 ad Sab. (D. XVIII, 1, 8. pr.); Ulp. 11 ad Ed. (D. XVIII, 1, 50): ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, quum per emtorem stet, quominus impleatur; vgl. A. 1356 Schilling, Inſt. § 256o. Arndts, Pand. § 69. der jedoch die culpoſe Vereitelung ausſchließen zu wollen ſcheint.

sit quominus perveniret; oder auch in Breviloquenz durch dolove malo allein, wie in dem Teſtamente bei Scaev. 18 Dig. (D. XXXII, 1. 37. § 3): per te non fieri dolove malo, — quominus ea mancipia — in potestate esse desiissent.

Die Verletzung an ſich aber der obliegenden Verbindlichkeit kann einestheils nach einer dreifachen Kategorie erfolgen: nach der Kategorie der Zeit,[885]) des Ortes und des Objectes,[886]) wie anderntheils in zwiefältigem Leiſtungs-Nexus: hinſichtlich der dinglichen Reſtitution, wie der obligatoriſchen Solution. Und danach nun ergeben ſich ſechs verſchiedene Fälle einer von der aequitas reprobirten Verletzung obliegender Verbindlichkeiten (§ 85. 86), nämlich: frustratio restituendi, wie mora solvendi und accipiendi; Vereitelung der dinglichen Reſtitution, wie Solution am legalen Leiſtungsorte; Vereitelung oder Beeinträchtigung der dinglichen Reſtitution, wie Solution nach ihrem ökonomiſchen Gehalte.

Dagegen die zweite Claſſe der von der aequitas reprobirten Handlungen umfaßt die Fälle des delictartigen Verhaltens in Geſchäftsverhältniſſen unter Lebenden, ſomit alſo die Handlungen, welche von der aequitas zwar als Delict anerkannt, jedoch nicht mit pönalem, als vielmehr mit reiperſecutoriſchem Effecte bekleidet ſind (A. 899).

Für dieſe Claſſe aber fehlt es ebenſo an einer generellen Terminologie zur Bezeichnung des widerrechtlichen Handelns, wie ſolche bei der erſten Claſſe ſich vorfindet, als auch an ſyſtematiſchen Kategorieen, aus denen die einzelnen darunter fallenden Species ſich ergeben. Wohl aber hat die römiſche Volksanſchauung der zweiten Periode als ſolche delictartige Handlungen die ſechs Vorkommniſſe anerkannt (§ 87):

885) Ulp. 6 ad Ed. (D. L, 16, 12. § 1): minus solvit, qui tardius solvit, nam et tempore minus solvitur.

886) Vgl. § 69. Es correſpondirt dem die plus petitio tempore, loco und re ſammt causa. — Wenn Mommſen Beitr. III, 134. 162 fg. in der mora accipiendi die Verletzung einer Verbindlichkeit Seitens des Gläubigers leugnet, ſo beruht dies auf irrigen Vorausſetzungen: der Gläubiger, dafern er nicht unbedingt, ſondern nur auf Zeit die Annahme der Schuld verweigert, verletzt allerdings eine ihm obliegende Verbindlichkeit gegen den Schuldner, da Letzterer nicht wider ſeinen Willen eine Prolongation ſich aufnöthigen zu laſſen braucht.

dolus malus (Argliſt), wie vis, angewendet zur Beeinfluſſung der Willensbeſtimmung des Mitpaciſcenten bei Rechtsgeſchäften unter Lebenden;

Benutzung des relevanten error in der Willensbeſtimmung des Mitpaciſcenten bei Rechtsgeſchäften unter Lebenden;

reticentia bei Abſchluß entgeltlicher Verträge, welche eine Veräußerung oder eine Uebertragung von Nutzungsbefugniſſen vermitteln;

Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae bei Abſchluß entgeltlicher Veräußerungsverträge;

endlich ſogenannte laesio enormis bei emtio venditio.

Was ſodann den anderweiten thatbeſtändlichen Moment betrifft, daß mit dem ſchädigenden und als iniquitas oder iniuria qualificirten Verhalten eine Willensbeſtimmung des Betreffenden ſich verbinden müſſe, welche als Verſchuldung vom ſchädigenden Erfolge jenes Verhaltens ſich darſtelle, ſo findet derſelbe in den Quellen gemeinhin keine beſondere Hervorhebung da, wo der Thatbeſtand vom Verhalten des Schädigers bezeichnet wird durch die typiſchen Redewendungen: facere oder per aliquem fieri oder stare oder mora est, quominus fiat, quod fieri oporteat, indem hier nur vereinzelt durch den Zuſatz dolo malo auf einen concurrirenden ſubjectiven Thatbeſtand beſonders verwieſen wird. Allein daß innerhalb der Sphäre der aequitas bei jenen typiſchen Ausdrucksweiſen die Concurrenz einer Verſchuldung des betreffenden Subjectes ſtillſchweigend vorausgeſetzt iſt, ergiebt nicht allein die Haltung der Quellen im Allgemeinen,[887]) ſondern bekundet auch ex professo

Pomp. 22 ad Sab. (D. XII, 1, 5): quum quaeratur, an per te factum sit (sc. quominus id mihi dares, quod te mihi dare oporteat), animadverti debebit non solum in potestate tua fuerit id nec ne, aut dolo malo feceris quominus esset vel fuerit nec ne, sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intelligere deberes te dare oportere,

887) So Ofil. bei Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIV, 3, 18. § 1), Procul. 6 Ep. (D. XVIII, 1, 68. § 2), Ulp. 38 ad Ed. (D. XXXVIII, 1, 15. pr.), Paul. 5 ad Plaut. (D. XLIV, 7, 45), 37 ad Ed. (D. XLV, 1, 49. § 3).

indem hier als relevante Momente des per aliquem fieri, quo minus det hingeſtellt werden zuerſt das in potestate esse dare necne, ſomit die Möglichkeit der Leiſtung, als Vorbedingung der Verſchuldung, und die Unmöglichkeit der Leiſtung, als der Zufall; ſodann das dolo malo facere, quo minus des necne, ſomit der Dolus, als eine Unterart der Verſchuldung, und deſſen Abweſenheit; wie endlich das aliquam iustam causam esse, propter quam intelligere deberes te dare facere oportere [nec ne], ſomit bei Abweſenheit des Dolus das Vorhandenſein oder die Abweſenheit einer Fahrläſſigkeit, bedingt durch die Erkennbarkeit oder Nichterkennbarkeit der Exiſtenz der obliegenden Verbindlichkeit.[888])

Somit wird daher durch die obigen typiſchen Ausdrucksweiſen innerhalb der Sphäre der aequitas ganz allgemein das verſchuldete Unterlaſſen eines Handelns bezeichnet, zu deſſen Vornahme das betreffende Subject verpflichtet iſt, demnach alſo nicht lediglich der objective Thatbeſtand eines paſſiven Verhaltens in Bezug auf obliegende Verpflichtungen, ſondern auch der ſubjective Thatbeſtand einer dabei obwaltenden Verſchuldung. Lediglich ganz iſolirt und punctuell tritt hierin eine Abweichung in den Quellen zu Tage hinſichtlich des Edictes über die pecunia constituta, welches nach Dig. XIII, 5, 16. § 2. fr. 18. pr. lautete: si appareat eum, qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem steterit, quominus fieret, quod constitutum est. Denn hier hat bezüglich dieſes per actorem steterit, quominus fieret die ſpätere Rechtswiſſenſchaft: Pomp. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 18. pr.) und übereinſtimmend Ulp. ſelbſt den Satz aufgeſtellt, daß nicht bloß die mora accipiendi, ſondern auch die caſuelle Behinderung der Annahme der Solution die a. de const. pecunia ausſchließe. Allein in der That handelt es ſich in dieſem Puncte nur um ein Vorkommniß des in § 49 dargelegten Verfahrens der römiſchen Jurisprudenz, in gegebenen Fällen nach den Geſichtspunkten ſachlicher Angemeſſenheit mit einem vorgefundenen Worte zu operiren und ſo nun demſelben im einzelnen Falle eine Bedeutung unterzulegen, welche, mit der national-ſprachlichen Begriffsbeſtimmung des Wortes ſelbſt im

888) Vgl. wegen dieſer Stelle Mommſen, Beitr. III, 62. 66. fg.

Widerſpruch ſtehend, weder dieſe letztere Bedeutung ſelbſt verdrängt, noch auch im Rechte über die von den Interpreten ihr angewieſene Beziehung und Sphäre hinausgreift. Und demgemäß hat denn auch jene Interpretation des per actorem stare, quominus fiat des bezeichneten Edictes eine nur punctuelle, nicht aber eine jenen typiſchen Ausdruck im Allgemeinen modificirende Bedeutung.[889])

Im Uebrigen aber iſt die beſondere Bezeichnung jener Verſchuldung in genere gegeben in dem Worte culpa,[890]) ſo namentlich in der

constit. Veterum bei Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 3):
quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem,

welche nach Paul. auf die beiden Fälle ſich bezieht der verſchuldeten Vereitelung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte: si effecerit promissor, quominus solvere possit, wie der Mora: si moratus sit tantum.

Jenes thatbeſtändliche Merkmal an ſich aber einer Verſchuldung des Schädigers enthält das Erforderniß, daß die eingetretene Schädigung als berechenbarer Erfolg zu der dieſelbe verurſachenden Handlung des Schädigers ſich verhalten müſſe, ſo daß daher das in Frage ſtehende Verbot der aequitas ſammt der daran geknüpften Verbindlichkeit zur Schadenerſatzleiſtung da nicht Platz greift, wo die eingetretene Schädigung das Ergebniß des Zufalles, ſomit entweder gar nicht Folgewirkung vom Verhalten des maaßgebenden Subjectes[891]) oder doch eine unbe-

889) Vgl. Mommſen, Beitr. III, 164 fg.; und dann auch A. 764. 925. Dagegen liegt ſolcher Sachverhalt nicht vor bezüglich der von Mommſen a. O. 167 A. 12 angezogenen, von der Conventionalſtrafe handelnden Stellen, wo die Ordnung Platz greift, daß die Strafe nicht verwirkt iſt, dafern die Solution ohne Verſchuldung des Debitor, ſomit ohne ein stare per promissorem, quominus solvat unterbleibt: Schilling, Inſt. § 259 i; und wenn nun die Quellen als eines der mehreren Vorkommniſſe ſolchen Falles das per stipulatorem stare, quominus accipiat hervorheben, ſo berechtigt hierbei nichts zu der Annahme, daß dieſelben damit auch eine caſuelle Behinderung des Gläubigers und nicht bloß die mora accipiendi hätten bezeichnen wollen.

890) Vgl. Voigt, Bedeutungswechſel 6 fg., ſowie oben A. 757 c.

891) So z. B. dafern der geſchuldete statu liber vor dem Solutions-

rechenbare Folgewirkung ſolchen Verhaltens iſt,[892]) woneben dann auch die Rechtsgründe für die rest. in integr. des maior XXV annis ſolchem Zufalle gleichgeſtellt ſind.[893])

Demnach verwirklicht ſich jenes Verhältniß der eingetretenen Schädigung, als eines berechenbaren Erfolges, zu der ſchädigenden Handlung, als der ſolchen Erfolg reſultirenden Veranlaſſung, in zwiefacher Modalität: theils des Vorſatzes, demnach ſo, daß der Handelnde ſolchen Erfolg ſeiner Handlung in Wirklichkeit erkannte, theils der Fahrläſſigkeit, demnach ſo, daß der Handelnde ſolchen Erfolg ſeiner Handlung zwar nicht erkannte, aber bei pflichtmäßiger diligentia zu erkennen und zu berechnen in der Lage war. Und beide Unterarten nun des ſubjectiven Thatbeſtandes begründen die hier maaßgebende Verſchuldung und zwar die Fahrläſſigkeit ſchlechthin, der Vorſatz dagegen nur dann, wenn er zum rechtswidrigen ſich qualificirt. Demnach iſt daher ebenſo die Verſchuldung, wie demgemäß auch die Haftung für die eingetretene Schädigung ausgeſchloſſen in den Fällen, wo einestheils zwar ein Vorſatz vorliegt, der aber entweder nicht als rechtswidriger ſich qualificirt, ſo z. B. dafern der Verpflichtete im Nothfalle handelte,[894]) oder der als rechtmäßiger ſich characteriſirt ſo z. B. weil ein collidirendes Princip der aequitas von der betreffenden Verpflichtung den Schuldner ganz oder theilweiſe entband;[895]) oder wo andrerſeits weder ein Vorſatz, noch eine Fahrläſſigkeit vorliegt, weil der Schuldner in einem thatbeſtändlichen Irrthume bezüglich ſeiner Verpflichtung ſich befand, der tolerabel d. h. auch bei pflichtmäßiger diligentia nicht zu vermeiden war

---

termin die libertas erlangt: Octav. bei Ulp. 28 ad Sab. (D. XL, 7, 8. § 2) oder der pupillare Gläubiger zu jenem Zeitpunkte keinen Tutor hat: rescr. Anton. Pii bei Paul. de Usur. (D. XXII, 1, 17. § 3).

892) So z. B. dafern der zum Commodat gegebene, nicht mit Hang zum Diebſtahle behaftete Sclave den Commodatar beſtiehlt: Paul. 22 ad Ed. (D. XIII, 6, 22).

893) Ulp. 34 ad Ed. (D. XXII, 1, 23. pr.) vgl. Paul de Usur. (D. XXII, 1, 17. § 3).

894) A. 811. 811ª. Vgl. auch Glück, Pand. XIII, 446 fg.

895) So die sanguinis ratio im Falle des beneficium competentiae oder bei Ulp. 51 ad Ed. (D. XXX, 1, 71. § 3); dann bei Ulp. 30 ad Ed. (D. XIII, 7, 24. § 3). Im Allgemeinen vgl. Voigt, Bedeutungswechſel 58 fg.

und ſo nun die Möglichkeit der Erkenntniß vom ſchadenfähigen Erfolge der Handlung ausſchloß.[896])

Im Uebrigen fällt die Verhaftung wegen Fahrläſſigkeit ganz hinweg, ſo daß nur die Verſchuldung durch dolus die Verpflichtung zum Schadenerſatze begründet, in den Fällen der Vereitelung der Reſtitution oder Solution am legalen Leiſtungsorte, des dolus malus (Argliſt), der vis und der Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae, ſowie bei der einen Gruppe der Fälle von verſchuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte (§ 86 unter III A 2), während wiederum eine verſchiedene juriſtiſche Verhaftung wegen der verurſachten Schädigung an die Verſchiedenheit von Vorſatz und Fahrläſſigkeit nur geknüpft iſt bei reticentia (§ 87), ſowie bei Vereitelung oder Beeinträchtigung der dinglichen Reſtitution oder Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, wo der Dolus namentlich die Zulaſſung des Gegners zum iusiurandum in litem zur Folge hat (A. 978. 1033).

Mit jenen Thatbeſtänden der verſchuldeten Vermögensſchädigung des Mitintereſſenten durch ein eine iniquitas involvirendes Verhalten verknüpft ſich nun conſequenter Weiſe die Verpflichtung des Schädigers zum Schadenerſatze: denn weil die durch jene Thatbeſtände reſultirte Schädigung als ungerechtfertigt: als iniquitas ſich qualificirt, ſo iſt es einfache Conſequenz, daß ſolche iniquitas wieder beſeitigt werde, was nun regelmäßig im Wege

---

896) Solche Fälle ſind vorausgeſetzt bei Jul. 17 Dig. (D. L, 17, 63): qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere; Pomp. 22 ad Sab. (D. XII, 1, 5) und dazu A. 888; Ulp. 34 ad Ed. (D. XXII, 1, 21): si amicos adhibendos (ſ. A. 367) debitor requirat vel expediendi debiti vel fideiussoribus rogandis — mora facta non videtur; Paul. 37 ad Ed. (D. XXII, 1, 24. pr.): si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram, utique si iuste ad iudicium provocavit. Dahingegen bezieht ſich nicht auf den obigen Thatbeſtand, ſondern auf bona oder mala fides bei der formula petit. Gai. 9 ad Ed. prov. (D. L, 17, 42). Vgl. Mommſen, Beitr. III, 57 fg., wo jedoch in Bezug auf die mora dem Thatbeſtande von Zufall und Verſchuldung, von Dolus und Culpa irrig der Thatbeſtand der bona und mala fides ſubſtituirt iſt, welcher hier gar nicht ſelbſtſtändig in Betracht kommt, ſondern nur inſofern, als die bona fides zugleich mit dem Mangel der Verſchuldung zuſammentrifft.

der Schadenersatzleistung beschieht. Lediglich der Thatbestand der Benutzung des relevanten error in der Willensbestimmung des Mitpaciscenten ergiebt eine durchgehende Ausnahme von solcher Ordnung, indem diesfalls an Stelle der Schadenersatzleistung vielmehr die Nichtigkeitserklärung des schädigenden Rechtsgeschäftes eintritt (§ 82).

Jener Schadenersatz selbst aber wird von der Kaiserzeit nach dem Maaßstabe des id quod interest bemessen, demgemäß nun den betreffenden Klagen diese Richtung und Bedeutung untergelegt wird. Dem entsprechend wird daher

I. Der intentio sammt condemnatio der bon. fid. a.: Quidquid parret ob eam rem Num. Negidium Aul. Agerio dare facere oportere ex fide bona, eius, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato (s. A. 775) die sachliche Richtung auf das id quod interest nicht bloß insoweit beigemessen, als die Klage auf Erfüllung von Contract oder Quasicontract sich richtet, welchenfalls somit das Interesse die Geldsumme ergiebt, in welche die Hauptforderung in der richterlichen Condemnation sich umsetzt, sondern auch insoweit, als die bon. fid. a. in einer ihrer achtfältigen Functionen als Schädenklage (§ 86 fg.) auftritt.[897] Und dies nun wird im Einzelnen bekundet für

a. ex emto vendito von Lab. und Nerv. bei Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 14. § 1); Javol. 2 ex Plaut. (D. XXI, 2, 60); Nerat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 9); Jul. 15 Dig. (D. XXI, 2, 8); Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 1, 30. § 1); Pap. 3. 10 Resp. (fr. Vat. 17. D. XXI, 2, 67), 28 Quaest. (D. XXI, 2, 66. § 3); Ulp. 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1. pr.), 32 ad Ed. (D. XIX. 1, 11. § 9); Paul. 5 ad Sab. (D. XIX, 1, 4. pr.), 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 3), 5 Quaest. (D. XIX, 1, 43. XXI, 2, 70), 5 ad Plaut. (D.

---

897) Das iusiur. in litem, welches bei dolus non solventis Platz greift, richtet sich auf quanti interest: Ulp. 30. 36 ad Ed. (D. XII, 3, 3. 4. pr.); vgl. A. 837. 898. 1033. Bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 2): in hac actione (sc. commodati) sicut in ceteris bonae fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur et rei iudicandae tempus quanti res sit observatur, ist quanti res est ein nachlässiger Ausdruck anstatt quanti interest.

XVIII, 1, 57. § 1); Alex. im C. Just. IV, 39, 6. VIII, 45, 9. Diocl. daſ. IV, 49, 4. 10. 12. IV. 51, 3. IV, 52, 5. VII, 45, 8. VIII, 45, 21. 23. 25. Justin. daſ. IV, 21, 17;

a. locati conducti von Proc. bei Ulp. 32 ad. Ed. (D. XIX, 2, 15. § 8); Cass. daſ. (D. XIX, 2, 19. § 1); Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33); Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. pr.); Paul. 2 Sent. (D. XIX, 2, 55. § 2); Typh. 9 Disp. (D. XIX, 2, 8);

a. p. socio von Ulp. 20. 87 ad Ed. (D. XVII, 2, 41. 52. § 10);

a. mandati von Nerat. bei Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 26. § 7); Javol. 8 ex Cass. (D. III, 5, 28); Jul. bei Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 22. § 4); Gai. III, 161. 9 ad Ed. prov. (D. XVII, 1, 27. § 2); Diocl. im C. Just. IV, 35, 16;

a. depositi von Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1, § 43. XII, 3, 3);

a. commodati von Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 1);

a. pigneraticia von Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 7, 9. § 5); Paul. 3 Quaest. (D. LVI, 1, 54); Alex. im C. Just. IV, 24, 5;

a. praescriptis verbis von Pap. 2 Quaest. (D. XIX, 5, 7); Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 1. 2); Gord. im C. Just. IV, 64, 1. Alex. daſ. II, 4, 6. Diocl. daſ. III, 38, 7. VIII, 45, 29;

a. negot. gest. von Javol. 8 ex Cass. (D. III, 5, 28);

a. tutelae von Marcell. 8 Dig. (D. XII, 3, 8); Ulp. 13. 35 ad Ed. (D. XXVI, 7, 25. 7. pr.); Alex. im C. Just. V, 51, 4. Diocl. daſ. 7;

a. rei uxoriae von Paul 36 ad Ed. (D. XXV, 1, 4);

a. fin. regund. von Paul. 23 ad Ed. (D. X, 1, 4. § 1);

a. fam. ercisc. von Paul 23 ad Ed. (D. X, 2, 25. § 17).

II. Nicht minder wird gleiche ſachliche Bedeutung als id quod interest der formula petitoria mit ihrer condemnatio auf Quanti ea res erit, tantam pecuniam, judex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato inſoweit untergelegt, als jene Klage die Function einer Schädenklage übernimmt, und ſo zwar

a. wegen verſchuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Reſtitution nach ihrem öconomiſchen Gehalte von

Pomp. 5 ad Sab. (D. VII, 6, 2); Ulp. 51 ad Ed. (D. VI, 1, 68); Paul 21 ad Ed. (VIII, 5, 7);[896])

ſowie bezüglich der fructus insbeſondere von Ulp. 17 ad Ed. (D. VIII, 5, 4. § 2);

b. wegen frustratio restituendi bei her. petitio insbeſondere, dafern nach der Lit. Cont. die Reſtitution der res hereditaria durch Zufall vereitelt worden iſt, wo nun der mal. fidei possessor auf id, quod interest haftet nach Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 40. pr.); vgl. § 84 unter D. I 2. § 85 unter A 3 b;

c. wegen Reſtitution an dem nicht legalen Leiſtungsorte: § 85 unter B 2.

III. Endlich wird auch der gleichlautenden condemnatio der a. de dolo auf quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnato die Bedeutung des id quod interest untergelegt:

Trebat. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 4); Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 11. pr.).

Lediglich gleich als Ausnahmen von dieſer fundamentalen Ordnung treten vereinzelte Abweichungen auf, und zwar

A. bezüglich der bonae fidei actiones in doppelter Beziehung, nämlich

1. in dem Falle, wo das Klagobject in baar Geld beſteht, und die verſchuldete Vermögensſchädigung durch eine mora solvendi herbeigeführt wird, iſt nicht das id quod

---

896) Das iusiur. in litem, welches bei contumacia und dolus non restituentis Platz greift, richtet ſich auf quanti interest: Ulp. 51 ad Sab. (D. XII, 3, 1): ex contumacia arbitratur (sc. res litigiosa) ultra rei pretium; vgl. Paul. 13 ad Sab. (D. cit. 2); A. 837. 897. — Kein Widerſpruch mit obiger Regel darf entnommen werden aus Paul. 13 ad Sab. (D. VI, 1, 71): quod si possessor quidem dolo fecit, actor vero iurare non vult, sed quanti res sit adversarium condemnari maluit, mos ei gerendus est, indem Paul. hier auf die judicielle comdemnatio hinweiſt, ohne damit die Richtung der jurisdictionellen condemnatio ſtrict zu präciſiren: vgl. namentlich Ulp. 51 ad Ed. cit. — Dagegen ergiebt allerdings eine ſinguläre Ausnahme Paul. 36 ad Ed. (D. XXIV, 1, 36. pr.). si res donatae (sc. inter virum et uxorem) extant, — vindicari poterunt sed quia causam possidendi donatio praestitit, nisi reddatur res, aestimatio facienda est iusto pretio, wonach ſomit um des titulus possessionis willen trotz mangelnder bona fides die Haftung auf das quanti res est herabgemindert wird; vgl. Beil. XXI. bei A. 139.

interest, ſondern usurae legales als Schadenerſatz zu gewähren;

2. in einer Gruppe von Fällen, die wiederum einen zwiefachen Character an ſich tragen, inſofern die betreffende Singularität bald als ſpecifiſche, bald als individuelle Beſonderheit auftritt. Und zwar iſt das erſtere der Fall
   a. bei den bon. fid. actiones, inſofern dieſelben als actio de reticentia fungiren, wo zwar bei doloſer reticentia der Schadenerſatz in pönaler Steigerung als quanti interest, dagegen bei culpoſer reticentia als quanto minoris est bemeſſen wird (§ 87 unter III).

Dagegen das letztere iſt der Fall

   b. bei a. emti, dafern dem venditor das Kaufobject confiscirt iſt, wo die Klage auf quanto minoris: auf den gezahlten Kaufpreis ſich richtet (§ 89 unter 2 b);
   c. bei a. conducti, dafern der locator durch Zufall an der Präſtation des frui oder uti licere behindert iſt, wo die Klage auf quanto minoris: auf die entſprechende Quote der merces ſich richtet (§ 89 unter 2 d);
   d. bei der a. loc. cond. e lege Rhodia de iactu, welche auf den Einkaufs- und Verkaufspreis der reſp. geretteten und untergegangenen oder deteriorirten Waaren, ſomit auf quanto minoris est ſich richtet (A. 811*):

      Paul. 24 ad Ed. (D. XIV, 2, 2. § 2. 4); Callistr. 2 Quaest. (D. XIV, 2, 4. § 2);

B. bezüglich der formula petitoria, inſofern als

   a. bei her. petit. der mal. fid. possessor nach der Theorie der ſpäteren Jurisprudenz nur auf quanti res est haftet, dafern derſelbe vor der in ius vocatio Nachlaßobjecte veräußert hatte und dieſelben nachher untergegangen oder deteriorirt worden ſind: § 83 unter C 2 a;
   b. bei der rei vind. wegen frustratio restituendi des Beklagten nur Haftung auf das quanti res est Platz greift: dafern nach der Lit. Cont. die Reſtitution des Klagobjectes durch Zufall vereitelt worden iſt, bei rechtzeitiger Reſtitution aber ſolcher Zufall den Eigen-

thümer nicht betroffen haben würde, haftet der Beklagte auf quanti res est:

Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 15. § 3); vgl. § 84 unter D. I 1. § 85 unter A 3 a.

c. Endlich bezüglich der a. quod met. c. wider den Delinquenten, wo für die condemnatio auf: Quanti ea res erit, tantae pecuniae quadruplum, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato die ſachliche Bedeutung von quanti res est beibehalten ward: § 124 unter I m.

In jener Methode aber der aequitas, mit dem Thatbeſtande der verſchuldeten Vermögensſchädigung des Mitintereſſenten durch ein eine iniquitas oder iniuria involvirendes Verhalten die Verpflichtung zur Leiſtung des id quod interest oder reſp. des quanto minoris oder quanti res est zu verknüpfen, prägt ſich die Maxime aus, ſolche Schädigung vom Geſichtspunkte der einfachen d. h. nicht delictiſchen Widerrechtlichkeit zu reprobiren und ſo nun dieſelbe durch eine Leiſtung durchaus reiperſecutoriſcher Natur zu ahnden.[899]) Und demgemäß iſt daher ebenſo die Verpflichtung zum Schadenerſatze abhängig und bedingt von der Thatſache einer von dem Verletzten in concreto wirklich erlittenen Vermögensſchädigung, wie auch jener Schadenerſatz ſelbſt, abgeſehen von den usurae legales unter A 1 und dem quanti res est unter B und C nach dem Summenbetrage des von dem Geſchädigten in concreto erlittenen Schadens: ſei es des quanti interest, ſei es des quanto minoris est bemeſſen wird, demzufolge daher ſolcher

899) Ebenſo wie die a. de dolo iſt auch die a. quod. met. c. in der pronuntiatio de restituendo rein reiperſecutoriſch, wogegen die pönale Beimiſchung erſt in der iudicatio eintritt und dies wiederum ebenſo gegenüber dem dritten Beſitzer, als auch durchaus mit den Mitteln des rigor: § 78 unter 6 b. Beide Klagen ſind daher parallel nicht der a. ex delicto, als vielmehr quasi ex contractu, ſo namentlich der cond. furtiva. Dennoch aber werden beide den Geſetzen der Delicts-, nicht aber der Quaſicontractsklagen unterſtellt bezüglich ihrer Beſchränkung auf ein Jahr, wie des Nichtüberganges auf die Erben des Schuldners: § 92 unter I. II A h. i, was wiederum nicht für die bon. fid. a. gilt, inſofern dieſe die Function beider Klagen übernimmt: bei A. 1035. Vgl. A. 824 und § 72 unter A. So nun erklärt ſich, daß die a. de dolo in den Gegenſatz zur a. rei persec. geſtellt wird von Jul. 11 Dig. (D. XIV, 4, 8).

Betrag für jeden einzelnen Fall besonders zu eruiren ist. Und zwar ergiebt jenes quanti interest als den Maaßstab der Bemessung des Schadenersatzes die utilitas, während das quanto minoris est, ebenso wie das quanti res est als solchen Maaßstab das pretium rei ergiebt (§ 71). Beidemal aber sind maaßgebend für Fixirung vom pecuniären Status des Vermögensschadens der Zeitpunct, wie Ort der eingetretenen Schädigung (§ 72 unter B 1 C).

Die prozessualische Geltendmachung endlich der betreffenden Schadenansprüche erfolgt ebensowohl durch Klage, wie durch Einrede; allein ersterenfalls nur ausnahmsweise: bei dolus malus und vis durch selbsteigene Klage, im Uebrigen vielmehr in der Modalität, daß einer gegebenen Aequitäts-Klage, so namentlich der bon. fid. a. und der formula petitoria die Function der betreffenden Schädenklage übertragen wird: § 85—89; letzteren Falles aber wiederum den Aequitätsklagen gegenüber nur ausnahmeweise durch exc. doli mali, vielmehr regelmäßig durch defensio ipso iure, ein Punkt, der jedoch nach § 82 gehört.

Endlich ist mit der Mehrzahl der angegebenen delictartigen Widerrechtlichkeiten und so nun auch mit der Benutzung des relevanten error des Mitpaciscenten noch die Folgewirkung verknüpft, daß der davon Betroffene eine Nichtrechtsbeständigkeit, sei dies Nullität, sei es Rescissibilität des dadurch beeinflußten Rechtsactes geltend machen kann, was jedoch nicht im Wege der Klage, vielmehr wiederum regelmäßig durch defensio ipso iure beschieht. Auch dieser Punkt fällt jedoch unter § 82.

§ 81.

Das Postulat der Restitution der ungerechtfertigten Bereicherung.

Das Verbot der aequitas: nemo lucrari cum damno alterius debet, wie solches in § 75 unter II präcisirt ist, verpönt den ungerechtfertigt bereichernden Effect eines die Güter-Besitzverhältnisse zu Gunsten des Einen auf Unkosten des Anderen verändernden Vorganges. Daher ist es der ökonomische Effect allein solcher Vorgänge, weder aber eine Handlung, noch auch ein bestimmter subjectiver Thatbestand auf Seiten des Bereicherten, was den wesentlichen Thatbestand jenes Untersatzes der aequitas ergiebt,

demgemäß auch weder Willens-, noch Handlungsfähigkeit, als vielmehr lediglich Vermögensfähigkeit bezüglich des Subjectes erfordert wird, welches jenen verpönten Thatbestand und die daran geknüpfte Obligation an sich verwirklicht. Und dieser Moment ist es, welcher bezeichnet wird von Paul. 7 ad Plaut. (D. XLIV, 7, 46) durch: ex re venit actio.

Dieses maaßgebende Gesetz, daß zu dem vom obigen Verbote betroffenen Thatbestande ein subjectiver Thatbestand auf Seiten des Bereicherten nicht erfordert werde, schließt indeß nicht aus, zunächst daß, insofern die Bereicherung durch eigenes Delict des Bereicherten vermittelt wird, der hierbei wesentliche subjective Thatbestand vorausgesetzt wird: denn diesfalls wird solcher Thatbestand nur für den Grund der Bereicherung d. h. zum Delicte, nicht aber für diese selbst erfordert; und sodann daß ein verschiedenes Maaß der Verhaftung je mit bona oder mala fides des Bereicherten verknüpft wird, was der Fall ist theils insofern je nach bona oder mala fides einerseits die cond. indeb. und sine causa, wie andererseits die cond. furtiva begründet werden, theils insofern die her. petit. nur bei bon. fid. possessio des Beklagten zur Bereicherungsklage wegen der vor der Lit. Cont. entäußerten Objecte sich gestaltet, während gegenüber dem mal. fid. possessor jene Klage ihren ächt dinglichen Character sich bewahrt (s. bei A. 1002).

Der Moment des Ungerechtfertigten selbst nun: der iniquitas oder, vom Standpunkte der lex lata, der iniuria (A. 809), welcher die von der aequitas gemißbilligte Qualification der Bereicherung ergiebt, ist jedoch keineswegs belegen in dem bereichernden Effecte schlechthin des betreffenden Vorganges: denn die leitende Tendenz, wie der treibende Impuls des gesammten Güterverkehres ist ja doch vornämlich gegeben gerade in dem Streben des Einen nach Bereicherung auf Unkosten des Anderen, so daß also solcher Effect ebenso ein normales und gesetzmäßiges Ergebniß der national-öconomischen Verkehrsbewegungen ist, wie auch als solches von dem Rechte, wie von der bürgerlichen Sitte anerkannt und hingenommen, ja von dem ersteren sogar in mannichfachen Institutionen, so z. B. in der Schenkung ausdrücklich sanctionirt wird (§ 68). Vielmehr ist solcher qualificirende Moment darein verlegt, daß jene Bereicherung unter Umständen sich vollzieht, welche

einen Widerſtreit derſelben mit den von der Volksanſchauung getragenen wirthſchaftlichen Geſetzen des Güterverkehres begründen. Denn es vollzieht ſich bei civiliſirten Nationen der Güterumlauf nicht in excentriſchen Bewegungen und regelloſen Vorgängen, als vielmehr nach gewiſſen Ordnungen und Normen: nach beſtimmten Proportionen und in gegebenen Verkehrsfiguren, welche, als typiſche Vorgänge in dem volkswirthſchaftlichen Leben hervortretend und als die ordnungsmäßigen Verkehrserſcheinungen von der Nationalanſchauung anerkannt, eine geſetzvolle wirthſchaftliche Ordnung des Güterumlaufes begründen. Und indem nun im Widerſtreite mit den ſo gebotenen volkswirthſchaftlichen Geſetzen eine gegebene Bereicherung ſich vollzieht, ſo iſt es dieſer Moment des Widerſtreitenden, auf welchem die aequitas die Qualification derſelben als iniquitas, ſomit als einer ungerechtfertigten ſtützt.

Solcher Widerſtreit an ſich aber kann von einer zwiefältigen Beſchaffenheit ſein: es kann derſelbe darauf beruhen, daß die Bereicherung ſich vollzieht ebenſo durch einen Vorgang, der gar nicht als ordnungsmäßige Güterverkehrs-Figur von der Volksanſchauung anerkannt iſt, ſo z. B. durch Delict, wie aber auch durch einen Vorgang, der zwar als ſolche Verkehrsfigur ausgebildet iſt, dem aber der Beruf nicht beigemeſſen wird, ſolchen Effect einer Bereicherung des Einen auf Unkoſten des Anderen ſelbſteigen herbeizuführen.

Was nun dieſes letztere Verhältniß im Beſonderen betrifft, ſo beruht daſſelbe auf der verſchiedenen Qualification jener Verkehrsfiguren ſelbſt je als pecuniär differenter und indifferenter. Denn indem jene den volkswirthſchaftlichen Güterverkehr vermittelnden typiſchen Vorgänge nach den ihnen inliegenden ſpecifiſchen Merkmalen von dem Volke ſelbſt begrifflich individualiſirt werden, ſo ſind es verſchiedene Kategorieen, denen die conſtitutiven Merkmale jener Verkehrsfiguren entnommen werden und aus denen ſich nun jene beiden Hauptgruppen ſolcher Figuren ergeben. Und zwar auf der einen Seite beſchieht ſolche begriffliche Individualiſirung auf dem Wege, daß die weſenbeſtimmenden Merkmale jener Figuren entnommen werden den darin ausgeprägten wirthſchaftlichen Proportionen der pecuniären Intereſſen, wie ſolche in dem nationalen Leben hervortreten und von der Volksanſchauung

aufgefaßt ſind, ſo als dare pecuniam, ut rem habere liceat oder dare rem, ut alia res accipiatur oder dare rem servandam oder dare operam negotio gerendo oder dergl. (§ 127). Und indem ſomit auf derartige wirthſchaftliche Intereſſen-Proportionen die Begriffsbeſtimmung von emtio venditio, permutatio, depositum, mandatum u. dergl. geſtützt wird, ſo ergeben ſich nun ſo pecuniär differente Verkehrsfiguren, welche wiederum bald entgeltlich, bald unentgeltlich ſind, je nachdem die dadurch vermittelten Veränderungen in einem gegebenen Vertheilungsverhältniſſe der betreffenden Vermögenswerthe gegen oder aber ohne ein Entgelt ſich vollziehen.

Sodann andererſeits wird die Individualiſirung ſolcher wirthſchaftlichen Verkehrsfiguren auch wieder in anderer Modalität und zwar auf dem doppelten Wege gewonnen, daß die conſtitutiven Merkmale derſelben bald der Kategorie der Form, nämlich der Solennität des betreffenden Actes,[900]) bald aber auch der Kategorie der Bezüglichkeit, der Modalität nämlich entnommen werden, in welcher der betreffende Vorgang auf die Realiſirung eines zuſtändigen Anſpruches einwirkt. Demgemäß ergiebt daher erſteren Falles die Beſchaffenheit der verba solennia die conſtitutiven Merkmale, wie z. B. das hanc ego rem ex iure Quir. tuam esse aio eaque tibi empta esto *x* hoc aere aheneaque libra für die mancipio datio, das dari spondes? spondeo für die sponsio, das tutorem oder rem do, lego für die tutoris datio oder das legatum, das heres und exheres esto für die heredis institutio und exheredatio. Dagegen letzteren Falles werden der ſpecifiſchen Modalität, in welcher ein Geſchäft auf die Realiſirung oder den Beſtand eines zuſtändigen Anſpruches einwirkt, jene conſtitutiven Merkmale entnommen und ſo nun nach der vierfältigen Beſchaffenheit ſolcher Einwirkung vier Unterarten von Geſchäften gewonnen: Geſchäfte nämlich, welche vermitteln theils die Erfüllung

900) Nicht der Form ſchlechthin, ſondern der ſolennen Form werden jene Merkmale entnommen; denn die Eintheilung, in formale und unformale Geſchäfte, welche in unſerer Rechtswiſſenſchaft eine große Rolle ſpielt, hat nicht den geringſten ſyſtematiſchen Werth, da keine allgemeinen Conſequenzen von beſonderer theoretiſcher Bedeutung daraus ſich ergeben, daß eine juriſtiſche Form für ein unſolennes Rechtsgeſchäft, wie z. B. für die donatio vorgeſchrieben iſt: § 63.

des Anſpruches, theils deren Sicherſtellung, theils die Conſervirung des Anſpruches ſelbſt, theils endlich die Liberation von ſolchem. Denn ſo gehören jener erſten Gruppe an zunächſt die Solution ſei es einer Arbeitsleiſtung, ſei es eines Vermögensobjectes und letzteren Falles in Geſtalt bald der datio, bald der traditio zum juriſtiſchen Beſitze oder der Detention; ſodann die datio in solutum, ſowie die damit parallele novatio; dann wiederum die Beſitzergreifung von Erbſchaft oder Legat u. a. m. Dagegen zur zweiten Claſſe behören die Uebertragung eines interimiſtiſchen Eigenthumsrechtes bei der fiducia, die Einſetzung des Verkaufswerthes eines Objectes als Sicherheit durch pigneris datio oder hypotheca, die Einſetzung der Solvenz eines Dritten durch satisdatio, intercessio, accessio, delegatio, constitutum oder expromissio debiti alieni; dann die arra, Conventionalſtrafe und der Beſtärkungseid, wie das constitutum und die expromissio debiti proprii. Der dritten Gruppe wiederum gehören an die mannichfachen testationes (A. 224): Proteſtationen und Notificationen, wie die Reſervationen, ſo die den Rechtsgeſchäften inſerirte exceptio oder deductio oder receptio. Und endlich der vierten Gruppe unterfallen acceptilatio, pactum de non petendo, wie transactio.

Und indem ſomit dieſe beiden Claſſen von Acten ihrem Weſen nach der Kategorie der Entgeltlichkeit durchaus fern ſtehen, ſo daß denſelben in abstracto und in ihrer Weſenheit weder das Merkmal des Entgeltlichen, noch des Unentgeltlichen zukömmt, vielmehr ſolcher Moment erſt bei deren concreter Verwirklichung und rein empiriſch ſich ausprägt, ſo ergeben nun dieſe beiden Claſſen die Gruppe der pecuniär indifferenten Verkehrsfiguren.[901])

Beide Claſſen von Verkehrsfiguren verſehen aber in der That ganz verſchiedene Functionen im Verkehrsleben. Denn in den pecuniär differenten Figuren eröffnet ſich den Intereſſen und Bedürfniſſen der Verkehrenden: deren eigennützigen Tendenzen nach Erwerbung oder Nutzbarmachung fremder Vermögenswerthe, ſei dies Sache, ſei es menſchliche Thatkraft (A. 1520) ein geregelter Weg für eine ordnungsmäßige Befriedigung ſolchen Bedürfniſſes. Und wie daher dieſelben für die bürgerliche Geſellſchaft als Mittel

901) Vgl. § 1. 37. 65. Voigt, Cond. ob caus. § 55. 26.

dienen, den Güterverkehr in großen Ganzen in geſetzvolle Bahnen zu leiten und zu einer friedlichen und harmoniſchen Bewegung zu regeln,[902]) inſofern die Verkehrenden für die Befriedigung jener Bedürfniſſe auf dieſe typiſchen und als normal anerkannten Verkehrsfiguren geradezu verwieſen ſind, ſo nun fällt denſelben auch die Aufgabe zu, Veränderungen in dem gegebenen Vertheilungsverhältniſſe der Vermögenswerthe potentiell zu begründen.

Dagegen die zweite Claſſe der pecuniär indifferenten Verkehrsfiguren: die Realiſationsgeſchäfte übernehmen die Aufgabe, jene Veränderungen im gegebenen Vertheilungsverhältniſſe von Vermögenswerthen, welche durch die pecuniär differenten und reſp. durch die ſolennen Verkehrsfiguren nur potentiell begründet wurden, actuell zu machen oder auch wiederun zu beſeitigen, ſomit die Verwirklichung jener Veränderungen zu vermitteln oder zu ſichern oder auch wieder fallen zu laſſen: ſei es durch Erfüllung oder Vollzug, ſomit im Wege effectiver Durchführung jener Veränderung, ſei es durch pecuniäre Sicherſtellung oder ſonſtige materielle Garantie der künftigen Erfüllung, ſei es im Wege der Conſervirung begründeter Anſprüche, ſei es aber auch im Wege der Liberirung von den Letzteren.

Endlich wieder die ſolennen Acte haben die Aufgabe, ebenſo für die pecuniär differenten, wie für die Realiſations-Geſchäfte eine potentielle Sicherung und namentlich den Schutz des Rechtsgeſetzes zu vermitteln (§ 43).

Solche verſchiedene Structur jener doppelten Gruppe von Verkehrsfiguren ergiebt nun aber ein zwiefaches thatbeſtändliches Verhältniß: einmal, indem die pecuniär differenten Verkehrsfiguren allein die Function verſehen, Veränderungen in einem gegebenen Vertheilungsverhältniſſe gewiſſer Vermögenswerthe potentiell zu begründen und ſomit nun auch berufsmäßig der Tendenz des Güterverkehres nach Bereicherung auf Unkoſten des Anderen zu dienen, ſo kann eine theoretiſche Rechtfertigung ſolcher Bereicherung nur aus dem Cauſalverhältniſſe entnommen werden, in welchem die Bereicherung, als Folge zu einer pecuniär differenten Verkehrsfigur, als dem Grunde ſich erhält. Und ſodann, indem zwiſchen den pecuniär differenten und den indifferenten Verkehrs-

902) Dieſen Moment erkannten und verwertheten die röm. Juriſten in ihrer Theorie vom ius naturale: Th. I § 62.

figuren eine wirthſchaftlich organiſche Verbindung gegeben iſt, inſofern, wie dargelegt, die letzteren insbeſondere bald die Realiſirung, bald eine potentielle Sicherung der erſteren vermitteln, ſo kann wiederum eine theoretiſche Rechtfertigung der durch ein pecuniär indifferentes Geſchäft vermittelten Bereicherung aus dem Cauſalverhältniſſe entnommen werden, in welchem die Bereicherung als Folge zu derjenigen pecuniär differenten Verkehrsfigur, als dem Grunde ſich verhält, mit welcher ſelbſt jenes indifferente Geſchäft in der bezeichneten organiſchen Verbindung ſteht.

Indem daher die aequitas rückſichtlich der Bereicherung des Einen auf Unkoſten des Anderen eine ſachliche Kritik übt und zwar ſolche Bereicherung nach dem Maaßſtabe ihrer Uebereinſtimmung oder ihres Widerſtreites mit den volkswirthſchaftlichen Geſetzen des Güterumlaufes abſchätzt, dem entſprechend dieſelbe im Falle ſolchen Widerſtreites als iniquitas oder als ungerechtfertigt reprobirend, ſo iſt nun ſolches abfällige Urtheil nicht allein darauf geſtützt worden, daß die Beeeicherung ſich vollzieht, ohne überhaupt durch irgend welche ordnungsgemäße Verkehrsfigur vermittelt zu ſein, ſondern auch darauf, daß die Bereicherung zwar durch eine pecuniär indifferente Verkehrsfigur vermittelt wird, allein im Widerſtreite mit derjenigen pecuniär differenten Verkehrsfigur ſich vollzog, mit welcher jene indifferente Figur in der bezeichneten organiſchen Verbindung ſteht oder doch auf ſolche Verbindung angewieſen iſt.

Jene zwiefache Beziehung nun, auf welche die römiſche Volksanſchauung jenes ihr Urtheil über die iniquitas einer Bereicherung ſtützte, ward aber auch von der römiſchen Rechtswiſſenſchaft maaßgebend in das Auge gefaßt und für Regelung der entſprechenden, in dem Rechte ſich ausprägenden Cauſalitätsverhältniſſe verwerthet.[903])

---

903) Vgl. Voigt, a. O. § 131. Für die richtige Würdigung der röm. Rechtstheorie iſt die Thatſache von Bedeutung, daß die im Obigen dargelegten Ordnungen und Verhältniſſe vom Rechte keineswegs geſchaffen, als vielmehr vorgefunden, anerkannt und verwerthet ſind: denn dann erſt tritt jene Rechtstheorie in das richtige Licht, welches deren ſpeculativen Denkwerth deutlich hervortreten und voll würdigen läßt: jene ſo unendlich tiefe und getreue Auffaſſung des vorgefundenen nationalen Verkehrsſtoffes und der demſelben immanenten wirthſchaftlichen Geſetze, jene ſo ſcharfſinnige

Denn, wie dort zuerſt die Bereicherung in das Auge gefaßt wird gegenüber der dieſelbe vermittelnden Verkehrsfigur, ſo werden hier die obliegenden Verbindlichkeiten, wie die erworbenen Rechte gegenüber dem dieſelben begründenden, wie aufhebenden Erwerb- oder Verluſtmodus in Betracht gezogen; und ſo wird dieſer letztere als die causa: als Rechtsgrund gegenüber den erſteren, als der dadurch beſtimmten Folge anerkannt. Und in dieſem Sinne ſtatuiren daher die Quellen als causa obligationis, wie dominii: als Erwerbgrund oder Rechtsgrund des Erwerbes den Erwerbmodus ſelbſt ſolcher Rechte.[904]) Dabei aber wird die causa obligationis insbeſondere von den Quellen nicht bloß bezüglich der obligatio im ſtreng techniſchen Sinne, ſondern auch da ſtatuirt, wo der darin gegebene Nexus der Verpflichtung zu einer perſönlichen Leiſtung an den Mitintereſſenten gar nicht zur theoretiſchen Figur der privatrechtlichen Obligation juriſtiſch conſtruirt worden iſt, ſomit alſo eine Obligation im techniſchen Sinne nicht vorliegt: es tritt, mit Einem Worte, der Ausdruck obligatio und causa obligationis auch in einem weiteren Sinne auf, jeden von der Nationalanſchauung anerkannten Nexus irgend welcher Verbindlichkeit zur perſönlichen Leiſtung zwiſchen zwei Perſonen bezeichnend, ſelbſt dafern das Recht denſelben zur civilrechtlichen Figur der Obligation nicht ausgebildet hat.[905]) Denn ſo tritt ſolcher Sprachgebrauch auf das Allerdeutlichſte und Zweifelloſeſte ausgeprägt in den Quellen auf ebenſo bezüglich

---

und geiſtreiche Verwerthung der ſo erkannten Regeln zu juriſtiſchen Ordnungen, jener ſo geläuterte und geiſtig hohe Standpunkt juriſtiſcher Intuition und Reflexion.

904) So z. B. Jul. bei Ulp. 46 ad Sab. (D. XLVI, 1, 5): ex duabus causis esse obligatum; Pomp. 16 ad Sab. (D. L, 17, 27): obligationum causae actione possint immutari; Gai. 3 de V. O. (D. XLVI, 2, 34. § 2): ex diversis causis obligati; oder im Beſonderen Ulp. 58 ad Ed. (D. XLII, 1. 4. § 7): obligatio, quae ex causa iudicati descendit; Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 43, 13: obligatus homo ex causa mandati. — Ulp. 5 ad Ed. (D. XLIV, 2, 11. § 4): alia causa fuit prioris domini; Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 2, 3. § 4): dominium non potest nisi ex una causa contingere; 70 ad Ed. (E. XLIV, 2, 14. § 2): omnes causae (sc. dominii) una petitione adprehenduntur; oder im Beſonderen Ulp. cit. (D. cit. § 5): opinabatur ex causa hereditaria se dominium habere. — Vgl. Voigt, a. O. § 23. 26. 27.

905) Voigt, a. O. § 26. 27. 59., ſowie Thl. IV A. 17. 21.

der rein moraliſchen Verbindlichkeit,[906]) als in Bezug auf ſtaatsrechtliche Verbindlichkeiten, welche keine obligatio involviren, wie z. B. die Steuerpflicht,[907]) und ſo denn nun auch in Bezug auf privatrechtliche Verpflichtungen, die nicht zur obligatio conſtruirt ſind, ſo das Judicat oder die auferlegte condicio oder modus bei Legaten[909]) oder die donatio,[910]) wie denn endlich auch die ganze Gruppe rein obligatoriſcher Nebenpräſtationen hierher gehört, welche lediglich als integrirendes Element einestheils der dinglichen Klage behandelt und dieſer ſelbſt zur Geltendmachung angehängt, anderntheils aber auch in entſprechender Weiſe der perſönlichen Klage eingefügt ſind.[911])

906) So Jul. 10 Dig. (D. XII, 6,32. § 2): sublata falsa opinione relinquitur pietatis causa (i. e. causa obligationis, quae est pietas), ex qua solutum repeti non potest; Pap. 28 Quaest. (D. XLVI, 3, 95. § 4): naturalis obligatio — iusto pacto — ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur; vgl. A. 1856. Voigt, a. O. § 58 unter 22.

907) Ulp. 2 de Cens. (D. L, 15, 3. pr.): tributo capitis obligantur; vgl. Savigny, Obl. Rt. § 3. A. e. Voigt, a. O. § 58 unter 23.

908) Das Judicat iſt causa einer ächten Obligation, inſoweit es novatoriſchen Effect hat, ſomit bei a. in personam in ius concepta: Gai. III, 180. IV, 107., darüber hinaus aber nicht. Gleichwohl wird daſſelbe ganz unbeſchränkt als obligatio in jenem weiteren Sinne oder als causa obligationis anerkannt, ſo z. B. von Ulp. ad Ed. (D. XLII, 1, 4. § 7), der in Bezug auf die Edictsworte: condemnatus, ut pecuniam solvat ſagt: solviase accipere debemus non tantum eum, qui solvit, verum omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est, quae ex causa iudicati descendit; und ſo auch von Gai. III, 173: si quid ex iudicati causa debitum sit; Ulp. 43 ad Sab. (D. XLVI, 3, 7). Dagegen ſagt ſorgſamer Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 3. § 11): iudicati velut obligatio.

909) So z. B. Marcian. 2 Reg. (D. XLVI, 3, 44): in numerationibus aliquando evenit, ut una numeratione duae obligationes tollantur uno momento, veluti — si pupillo — legatum a creditore fuerit sub ea conditione, si eam pecuniam numeraverit, in duas causas videri eum numerasse: et in debitum suum — et condicionis gratia, ut legatum consequantur.

910) S. Schilling, Inſt. § 349. yy. zz.

911) Vgl. Mommſen, Beitr. III, 79, ſowie S. 539. — Paul. 5 Resp. (D. XIX, 2, 54. pr.), Hermog. 2 Jur. Ep. (D. XIX, 1, 49. § 1): pretii sorte licet post moram soluta usurae peti non possunt, quum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur, wo die obligatio als civilrechtliche Figur negirt, die obligatio in jenem weiteren Sinne aber unbeſtritten iſt.

Und ſodann, wie dort in der Sphäre der Volksanſchauung die Bereicherung in das Auge gefaßt wird gegenüber derjenigen pecuniär differenten Verkehrsfigur, zu welcher das dieſelbe vermittelnde pecuniär indifferente Geſchäft in einer gewiſſen, organiſchen Verbindung ſteht, ſo nun werden hier die obliegenden Verbindlichkeiten, wie die erworbenen Rechte in ihrem Verhältniſſe zu derjenigen causa obligationis in Betracht gezogen, welche dem Erwerb- oder Verluſtmodus von jenen unterliegt und ſo nun zu denſelben gleich als deren ſecundärer Rechtsgrund ſich verhält. Denn indem hinter dem Rechtserwerb- oder Verluſtmodus, ſomit hinter der causa obligationis oder dominii im obigen Sinne vielfach noch ein zweiter, perſönliche Anſprüche, wie Verbindlichkeiten begründender Vorgang, ſomit eine fernere causa obligationis ſteht und zu dieſer letzteren dann jener Erwerbmodus in eines der obbezeichneten vier Relationsverhältniſſe des Vollzuges oder der Sicherſtellung oder der Conſervirung oder der Liberation tritt, indem ſomit z. B. die emtio in eine Stipulation eingekleidet oder die Tradition zum Zwecke der Erfüllung einer venditio vollzogen wird; ſo ward um ſolcher organiſchen Bezüglichkeit willen jene fernere causa obligationis wiederum als Rechtsgrund des Erwerbmodus ſelbſt aufgefaßt und ſo nun im angezogenen Falle die emtio venditio als causa oder Rechtsgrund der Stipulation, wie Tradition anerkannt.[912]) Und da nun dem erworbenen Rechte oder der obliegenden Verbindlichkeit gegenüber bereits der Erwerbmodus als causa fungirte, ſo tritt nach ſolcher Auffaſſung dieſe fernere causa wiederum zu jenem Rechte oder jener Verbindlichkeit ſelbſt in das Verhältniß von deren ſecundärer causa. Auch dieſe ſecundäre causa aber, welche, wie bemerkt, ſtets eine causa obligationis iſt, wird gleich der primären causa nicht lediglich auf die Obligation im techniſchen Sinne geſtützt, als vielmehr auch auf den von der Nationalanſchauung anerkannten, obligationsähnlichen Nexus irgend welcher

912) Vgl. Voigt, a. O. § 23. 26. 27. 31. So z. B. Afric. 5 Quaest. (D. XXX, 1, 108. § 4): ex lucrativa causa stipulatio intercessit; Gai. I, 140: ex noxali causa mancipio dare; II, 20: tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa; oder Marcian. 2 Reg. (D. XLVI, 3, 44): A. 909.

Verbindlichkeit zu einer perſönlichen Leiſtung zwiſchen zwei Perſonen, ſelbſt wenn ſolcher zur civilrechtlichen Figur der obligatio nicht conſtruirt iſt. [913])

913) Vgl. Voigt, a. O. § 23. 26. 27. So z. B. solutio ex causa pietatis: A. 906, liberatio ex causa iudicati: A. 908, numeratio in causam condicionis: A. 909, traditio ex donationis causa: A. 912. Gegen dieſe theoretiſche Auffaſſung wendet Arndts, Pand. § 233 A. 2 ein: „wer ohne vorhergegangenes Verſprechen donandi animo giebt oder verſpricht, iſt vorher in keiner Weiſe obligirt geweſen; ebenſowenig iſt obligirt derjenige, dem unter der Bedingung, wenn er etwas leiſte oder verſpreche, etwas vermacht oder verſprochen worden iſt, und wenn er nun implendae conditionis gratia verſpricht, ſo contrahirt er erſt jetzt eine Obligatio, die nicht zu einer vorherbeſtandenen im Cauſalnexus ſteht". Inſoweit hiermit in den aufgeführten Verhältniſſen das Vorhandenſein einer civilrechtlichen Obligation negirt wird, ſo fehlt ſolcher Kataphaſis die Apophaſis: ich habe nie eine ſolche Obligation behauptet. Inſoweit dagegen damit das Vorhandenſein eines obligationsmäßigen Nexus, wie ſolcher im Obigen entwickelt iſt, negirt wird, ſo ſteht ſolche Negation in Widerſpruch mit den Quellen ſelbſt, wie ſich ergiebt bezüglich des dare implendae condicionis gratia aus A. 909: numeratione obligatio tollitur; bezüglich des dare donationis gratia aber aus A. 910 und namentlich aus Jav. 12 Ep. (D. XLIV, 7, 55); in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea — donatio, sive — quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id. quod inchoatur, non potest. Dieſen Widerſpruch mit den Quellen ermöglicht Arndts a. O. und § 80 bezüglich der donatio durch die Theorie, daß, wenngleich der ſubjective Thatbeſtand derſelben ſich zuſammenſetzt aus einem animus donandi und einem congruenten animus accipiendi, doch ſolcher ſubjective Thatbeſtand nur dann ein obligatoriſches Element enthalte, wenn die Vollziehung der donatio nicht in continenti erfolge, entgegengeſetzten Falles dagegen kein derartiges Element vorhanden ſei, vielmehr die donatio in ihrer Totalität zur Function eines einfachen Beweggrundes für das Vollzugsgeſchäft: Tradition, Acceptilation oder dergl. herabſinke. Allein dieſe theoretiſche Conſtruction ſetzt eine vollkommene Abnormität und widerſpricht den röm. Rechtsanſchauungen auf das Directeſte: denn abgeſehen davon, daß jener von Arndts geſetzte Begriff des Beweggrundes in ſolcher Beziehung von den röm. Juriſten gar nicht als maaßgebende Kategorie verwendet wird, ſo erkannten dieſelben vielmehr in der donatio ſchlechthin eine obligatio ohne civilis actio oder eine non civilis obligatio, wie ſich Ulp. 29 ad Sab (D. XLVII, 2, 14. § 11) und reſp. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 1. § 1) ausdrückt. Im Uebrigen habe ich durchaus nicht das geſagt, was Arndts mir nachſagt, daß ich „in einer noch bloß beabſichtigten, in keiner Weiſe vollzogenen donatio, ja ſogar in dem Geſetztſein einer Bedingung ein obligatoriſches Verhältniß gegeben finde;" vielmehr, was den

Dieſe Auffaſſung der röm. Rechtswiſſenſchaft aber, welche ein zwiefältiges Cauſalitätsverhältniß: ebenſo zwiſchen dem erworbenen Rechte und deſſen Erwerbmodus, wie zwiſchen dem erſteren und der causa obligationis des letzteren ſtatuirt, wird nun wiederum übertragen auf die im Obigen präciſirte zwiefältige Modalität, in welcher der die iniquitas der Bereicherung ergebende Widerſtreit derſelben mit den wirthſchaftlichen Geſetzen des Güterverkehres von der aequitas ſtatuirt ward, und hier nun zugleich zur theoretiſchen Conſtruction dieſer Auffaſſung ſelbſt verwerthet, daher nun zugleich der Begriff der causa ſelbſt in dieſer Beziehung die Modification erlitt, aus einem Rechtsgrunde von Anſpruch oder von Verbindlichkeit in einen zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrund der durch den Rechtserwerb vermittelten Bereicherung ſich umzuwandeln: neben die obige, ſociale Urtheilsform, es werde eine iniquitas der Bereicherung des Einen auf Unkoſten des Anderen durch den Widerſpruch derſelben mit den von der Volksanſchauung getragenen wirthſchaftlichen Geſetzen des Güterverkehres, insbeſondere aber dadurch begründet, daß dieſelbe entweder ſich vollzieht, ohne durch irgend welche ordnungsmäßige Verkehrsfigur vermittelt zu ſein, oder daß ſie im Widerſtreite mit derjenigen pecuniär differenten Verkehrsfigur ſich vollzog, mit welcher das die Bereicherung vermittelnde pecuniär

letzteren Punct anbetrifft, habe ich geſagt, daß das Eintreten in dasjenige Rechtsverhältniß, an welches für den Betreffenden der Modus angeknüpft iſt, einen obligationsmäßigen Nexus verwirklicht, indem es die Verpflichtung zu deſſen Erfüllung begründet, daher die in Vollziehung deſſelben beſtehende solutio oder acceptilatio in Wahrheit ex causa obligationis beſchieht, wie ſolches auf das Unzweideutigſte von Marcian in A. 909 beſagt wird, die Nichtvollziehung dagegen mehrfach ſogar eine Klage auf Erfüllung begründet: A. 665. 1509, vgl. auch Justinian. im Cod. I, 3, 46. § 2; Voigt im civ. Arch. LIV, 26. A. 30. Und wenn endlich Arndts § 145, 4 in ſolcher causa obligationis nur ein „in Nichts Aufgelöſtes" erblickt, ſo iſt ſolcher Ausſpruch mir völlig unverſtändlich, da dort, wo Arndts ein Nichts erblickt, doch ein deutlicher Denkſtoff von maſſiger Ausdehnung, von unbeſtreitbarer Quellenmäßigkeit, von höchſtem dogmatiſchen Werthe ſich vorfindet. Uebrigens macht ſich Arndts ſelbſt § 341 A. 2 ſolcher „Auflöſungen in Nichts" ſchuldig, wenn er den Thatbeſtand der cond. indebiti auf die Erfüllung einer Obligation beſchränkt und dann beifügt: „ſo viel aber kann zugegeben werden, daß nicht gerade eine Obligation im eigentlichen Sinne nothwendig erfordert werde."

indifferente Geſchäft in einer obbezeichnetem organiſchen Verbindung ſteht, tritt ſo nun die juriſtiſche Denk- und Ausdrucksform, daß diejenige Bereicherung auf Unkoſten des Anderen eine iniuria enthalte, welche an einem Mangel der causa, als des zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrundes leidet, ſei es nun, daß dieſelbe ſich vollzieht, ohne daß irgend eine derartige causa ihr zu Grunde liegt, oder daß die ihr unterliegende causa in concreto mit gewiſſen Fehlern behaftet iſt.

Der principielle Standpunkt der aequitas bei Beurtheilung der Bereicherung nach ſolchem Maaßſtabe der dafür gegebenen Rechtfertigung ergiebt nun aber keineswegs das Gebot, daß eine jede Bereicherung auf Unkoſten des Anderen, um gerechtfertigt zu erſcheinen, auf eine causa im obigen Sinne ſich ſtützen müſſe, als vielmehr lediglich das Verbot derjenigen Bereicherung, welche an einer Mangelhaftigkeit der ihr unterliegenden causa leidet. Und je nach der Beſchaffenheit ſolcher Mangelhaftigkeit: als gänzliche Deficienz oder aber als bloße Fehlerhaftigkeit, ſowie je nachdem dieſe Fehlerhaftigkeit in der primären oder in der ſecundären causa belegen iſt, ergeben ſich nun drei verſchiedene Gruppen der Thatbeſtände, die dem Verbote des nemo lucrari cum damno alterius debet unterfallen.

Und zwar in der erſten Gruppe wird die iniquitas der Bereicherung begründet durch den gänzlichen Mangel einer primären causa, ſo daß hier, indem diesfalls die Bereicherung lediglich als ein actuelles und rein wirthſchaftliches, nicht aber als ein potentielles und juriſtiſches Ergebniß des betreffenden Vorganges ſich vollzieht, die gänzliche Deficienz von allem und jedem zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrunde der Bereicherung die Mangelhaftigkeit der causa ergiebt. Und hierunter fallen die vier Thatbeſtände der Bereicherung auf Unkoſten des Anderen:

durch den vom Mitintereſſenten in Contracts-, Quaſicontracts- wie dinglichen Rechts-Verhältniſſen im Intereſſe des anderen Theiles gemachten nothwendigen Aufwand von Impenſen auf das vom Erſteren zu leiſtende Rechtsobject, inſoweit nicht etwa dem Impendirenden ſelbſt ſolcher Aufwand obliegt: § 88;

durch ein in concreto nicht rechtsverbindliches, ſomit nur in actu beſtehendes Rechtsverhältniß, welches entweder von dem bereicherten Pupillen oder furiosus ohne Concurrenz des Tutor oder

Curator, oder welches von dem Gewaltuntergebenen ohne iussus des bereicherten Gewalthabers, wie außerhalb der Sphäre der administratio peculii, oder welches endlich von dem unmündigen Gewaltuntergebenen begründet ward:[914]) § 91;

durch Delict eines Dritten, ſei dies der Erblaſſer, ſei es ein Repräſentant, ſei es ein ſonſtiger Dritter:[915]) § 92;

---

914) Außer dieſen Fällen iſt eine Klage aus der Bereicherung Jemandes durch Rechtsgeſchäfte des Stellvertreters: ſei dies tutor, curator, Communalbeamter oder dergleichen, ſei es Mandatar oder neg. gestor dem römiſchen Rechte unbekannt. Denn bei Diocl. im C. Just. IV, 26, 7 § 1 iſt eine durch Ceſſion erworbene a. neg. gestor. contraria zu verſtehen: Arndts, Pand. § 248. A. 3. Wenn dagegen der Letztere a. O. A. l. auf Dig. XXVI, 9, 3. IV, 3, 15. pr. XIX, 1, 13. § 7 den Satz ſtützt, daß derjenige, in deſſen Namen ein bevollmächtigter Stellvertreter unter Ueberſchreitung ſeiner Befugniß ein Rechtsgeſchäft mit einem Dritten abgeſchloſſen hat, durch ſolches inſoweit verhaftet werde, als es zu ſeinem Vortheile gereichte, ſo iſt dies durch jene Stellen nicht begründet: denn es handeln dieſelben ebenſowohl nur von dem Pupillen, als auch lediglich von einer Bereicherung durch dolus malus des Tutor, demgemäß dieſelben auch nicht in dem abgeſchloſſenen Contracte, als vielmehr in dem hierbei begangenen dolus malus den Klaggrund finden, wie Dig. IV, 3, 15 erkennen läßt. Daher fallen dieſe Stellen unter den Geſichtspunkt der Bereicherung durch Delict des Repräſentanten: § 92 unter II D.

915) Bezüglich dieſer Klagen bemerkt Windſcheid in Krit. Vierteljahrsſchr. I, 116: „Hier iſt nicht die Bereicherung der Grund des Anſpruches, ſondern das Delict, beziehungsweiſe die Erbſchaft.“ Allein es iſt gleich unrichtig zu ſagen, die Bereicherung, oder aber das Delict ſei der Grund des Anſpruches, da vielmehr Beides zuſammen ſolchen Grund ergiebt. Demnach aber läßt a priori ſich ebenſowohl ſagen: die durch Delict vermittelte Bereicherung, wie: das bereichernde Delict iſt Grund der Klage. Allein a posteriori iſt nur das erſte Urtheil berechtigt, wie zahlreiche Quellenausſprüche ergeben, ſo z. B. Lab. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 3. § 12), Gai. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 3, 28), Pomp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 38), Ulp. 69 ad Ed. (D. L, 17, 149. XLIII, 16, 3. pr.), Paul. 1 ad Ed. (D. XLIV, 7. 35. pr.) u. a. m. Ueberdem wird aus dem Delicte des Sclaven nicht a. noxalis, ſondern utilis a. ex delicto de in rem verso und de peculio gegeben, ſo daß ſomit die Klage nur in ihrer Formel delictiſch, dagegen civilrechtlich reine Bereicherungsklage iſt, während wiederum bei der Klage wider den Dritten aus dem crimen des Andern alles und jede Delict fehlt, welches eine civilrechtliche Verhaftung zur Folge hätte. Und endlich geben die taxationes auf quod pervenit und quanto locupletior factus est einen gar nicht zu mißdeutenden Fingerzeig.

durch eigenes Delict, insoweit dadurch eine selbständige rei-persecutorische Klage begründet wird, was wiederum der Fall ist theils bei den Delicten des honorarischen Rechtes nach Ablauf der für die Delictsklage gesetzten Verjährungszeit: § 92, theils bei dem furtum in seiner durch die cond. furtiva und a. rerum amotarum repräsentirten quasicontractlichen Beziehung: § 88.

Sodann in der zweiten Gruppe wird die iniquitas der Bereicherung begründet dadurch, daß die dieselbe vermittelnde primäre causa an einer Mangelhaftigkeit leidet, welche selbst auf der Lage, in welcher der eine Interesse sich befindet, beruht, daher diesfalls zwar ein Rechtsgrund der Bereicherung vorhanden ist, der aber in concreto einen zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrund derselben nicht ergiebt. Und hierunter fallen wiederum zwei verschiedene Classen: zunächst die beiden Thatbestände der Bereicherung auf Unkosten des Anderen

durch Erlöschen der Verbindlichkeiten dessen, der cap. dem. erlitt, wo die Lebenslage des Berechtigten gegenüber dem letzteren Vorgange die Bereicherung als iniquitas qualificirt: § 93; sowie

durch Zeitablauf hinsichtlich dessen, der ohne eine Verschuldung absens ist, wo im Falle der Bereicherung des absens die durch solche absentia gegebene Lebenslage des Berechtigten, im Falle des Vermögensverlustes des absens dagegen dessen eigene Lebenslage die Bereicherung als iniquitas qualificirt: § 93;

und sodann der Bereicherung auf Unkosten des Anderen durch einen in Contracts- und Quasicontractsverhältnissen nach deren Begründung mittelst der res debita von dem Schuldner auf Grund eines Erwerbmodus gemachten, nicht vertragsmäßigen Gewinn, dafern solcher Erwerb Seitens des Letzteren die dadurch gemachte Bereicherung desselben in concreto um deswillen als iniquitas qualificirt, weil in dem betreffenden Rechtsverhältnisse das periculum dem Gläubiger zur Last fällt: § 89.

Endlich in der dritten Gruppe wird die iniquitas der Bereicherung begründet dadurch, daß die secundäre causa, welche der dieselbe vermittelnden primären causa unterliegt, an einer Mangelhaftigkeit leidet, so daß diesfalls zwar ein Rechtsgrund der Bereicherung gegeben ist, der aber in concreto einen zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrund derselben nicht ergiebt. Und

hierunter fallen die beiden Thatbestände der Bereicherung auf Unkosten des Anderen[916])

durch ein pecuniär indifferentes Rechtsgeschäft unter Lebenden, dafern die demselben unterliegende causa iniusta, turpis, falsa, non secuta oder finita ist: § 88;

durch einen in einfacher juristischer Handlung des Bereicherten oder in juristischem Ereignisse bestehenden Erwerbmodus, der den Erwerb des Eigenthumsrechtes für den Bereicherten und dessen correspondirenden Verlust für den bisherigen Eigenthümer vermittelt, ohne daß für solchen Eigenthumswechsel und die daraus resultirende Bereicherung zur Zeit von deren Verwirklichung überhaupt irgend eine secundäre causa gegeben war:[917]) § 88.

Was aber im Besonderen die Impensen betrifft, so unterfallen der hier maaßgebenden principiellen Ordnung lediglich theils diejenigen Impensen, welche eine Bereicherung des Mitinteressenten vermitteln, nicht aber diejenigen, welche der vom Impendirenden

---

916) Diese Ordnung verkennt Windscheid, Pand. § 421; vgl. dagegen Voigt im civil. Arch. LIV, 29. A. 34 a.

917) Es ist dies der Thatbestand der cond. sine causa, bezüglich deren Arndts, Pand. § 345 bemerkt: „Diese Klage findet überhaupt statt, wenn Jemand ohne rechtfertigenden Grund etwas hat auf Kosten des Vermögens eines Anderen, sei es daß es an solchem Grunde des Erwerbes von Anfang an fehlte, oder daß der Anfangs vorhandene Grund später weggefallen ist." Allein dem steht entgegen, zunächst daß beim Thatbestande der cond. caus. non sec., ebenso wie caus. finita der Anfangs vorhandene Grund später weggefallen ist und dennoch die cond. sine causa nicht Platz greift, ein Moment, der namentlich dadurch eine ganz besondere Bedeutung gewinnt, daß durch mala fides zwar die letzte, nicht aber die beiden ersten in cond. furt. umgewandelt werden; und sodann daß die cond. sine causa niemals aus einem zwischen den betreffenden Interessenten selbst abgeschlossenen, an sich rechtsbeständigen Rechtsgeschäfte Platz greift, dem es an einer causa gänzlich gebricht: denn die solennen Geschäfte bedürfen der causa überhaupt gar nicht, so daß dieselben auch beim Mangel von solcher der Condiction nicht unterliegen: A. 1181, während für die Eigenthumstradition zwar eine causa erforderlich ist und zwar bezüglich der publicianischen Klagen nach Maaßgabe des Edictes: Beil. XXI § IV. VI., und bezüglich der rei vind. auf Grund der auctoritas ICtorum: Voigt, cond. ob caus. 132 fg. 577 fg., allein hier die Deficienz der causa nicht cond. sine causa, sondern Nichtigkeit und rei vindic. begründet. Ueberdem ist solches klar, bestimmt und bündig ausgesprochen in dem Satze: qui sciens indebitum promittit vel solvit, non repetit: Voigt, a. O. § 67.

erlittenen Schädigung ſich ſubſumiren (§ 69 unter A. 7. 8), theils die impensae necessariae im Gegenſatze zu den utiles und voluptuariae. Vielmehr während bei den necessariae die Deficienz einer causa die Verbindlichkeit zu deren Erſtattung begründet, begründet wiederum bei den utiles und voluptuariae nicht die Deficienz, als vielmehr lediglich das Vorhandenſein einer causa: Mandat oder neg. gest. die Verbindlichkeit zu deren Erſtattung, womit nun auch im Zuſammenhang ſteht, daß die Gegenforderung wegen dieſer Impenſen innerhalb des Obligationenrechtes nicht als conex gilt mit dem Voranſpruche auf Präſtation des betreffenden Objectes, ſomit aber weder a. contraria oder gegentheilige a. directa, noch auch defensio ipso iure, als vielmehr lediglich die agreſſiven, wie defenſiven Rechtsmittel aus Mandat und neg. gest. begründet, (A. 1095. § 132), Rechtſätze, von denen nur bei der her. pet eine Ausnahme bezüglich der impensae voluptuariae ſich ergiebt, wogegen bezüglich der impensae utiles bei der form. pet. im Allgemeinen der Geſichtspunkt der neg. gestio eingreift (A. 961 fg.). Dagegen bezüglich der impensae necessariae iſt es wiederum der Act des Impendirens an ſich, nicht aber erſt der Beſitzerwerb des betreffenden Objectes Seitens des andern Theils, welcher, in Verbindung mit der Deficienz einer causa dafür, die Verbindlichkeit zur Erſtattung des Aufwandes begründet. Und demgemäß iſt es auch bezüglich der Verbindlichkeit des Bereicherten zur Reſtitution der impensae necessariae juriſtiſch irrelevant, wenn das betreffende Object vor den Lit. Cont. unterging, ſei es nun, daß daſſelbe in den Beſitz von Jenem bereits gelangt oder aber noch nicht gelangt war:

Lab. bei Ulp. 10. 32 ad Ed. (D. III, 5, 10. § 1. XIX, 1, 13. § 22); Pomp. 35 ad Sab. (D. XXV, 1, 4); Gai. 3. 9 ad Ed. prov. (D. III, 5, 22. XIII, 6, 18. § 4); Paul 36 ad Ed. (D. XXV, 1, 4),

ein Rechtsſatz, von welchem eine Ausnahme zunächſt für den Fall ſtatuirt wird, daß der Impendirende ſelbſt nach beſchehenem Aufwande durch vertretbare Verſchuldung den Untergang des betreffenden Objectes herbeiführte:

Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. cit. vgl. Alex. im C. Just. IV, 35, 4, und wo ſonach pönaler Weiſe der Impenſen-Anſpruch verſagt, zugleich aber die Ausnahme ſelbſt nur auf den Fall des Unterganges

des Objectes beſchränkt, nicht aber auf deſſen Deteriorirung mit erſtreckt wird:

Gord. im C. Just. IV, 24, 7;

und wovon eine anderweite Ausnahme ſodann gegenüber dem praedo bei der her. pet. zugelaſſen wird, indem hier der Untergang der betreffenden res hereditaria vor Reſtitution der hereditas den Kläger von der Pflicht zur Erſtattung der Impenſen befreit:

Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 38): bon. fid. quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non extet, in quam fecit, sicut tutor vel curator consequuntur; praedo autem non aliter quam si res melior sit.

Endlich ergiebt ſich ganz von ſelbſt auch noch eine fernere Ausnahme in dem Falle, daß die Impenſenforderung nur defenſiv zur Geltung gebracht werden kann, durch Untergang des betreffenden Objectes aber das bezügliche principale Rechtsverhältniß ſelbſt vollſtändig gelöſt iſt.

Das wider die ungerechtfertigte Bereicherung geſetzte Correctiv nun beſteht in den beiden Fällen der zweiten Gruppe, welche auf dem honorariſchen Edicte beruhen: bei cap. dem. und absentia ſingulärer Weiſe in der rest. in int., ſomit in Wiederherſtellung des durch die Bereicherung ungerechtfertigter Maaßen geſtörten, vorher beſtandenen Vermögensſtatus: die a. rescissoria und restitutoria machen einfach das verloren gegangene Recht gleich als ein nicht verlorenes geltend. Dagegen in allen übrigen Fällen greift als die normale Ordnung der Correctur die Reſtitution des Betrages der ungerechtfertigten Bereicherung Platz. Und indem dieſe Reſtitution rein reiperſecutoriſcher Natur iſt, ſo wird nun ebenſo von der in concreto wirklich erlangten Bereicherung die Verbindlichkeit zu deren Reſtitution thatbeſtändlich bedingt, wie auch nach deren Höhe der ziffermäßige Betrag des Reſtitutionsquantum bemeſſen.

Als maaßgebender Zeitpunkt aber für die Fixirung vom pecuniären Status der Bereicherung iſt ein verſchiedener Moment geſetzt: bald der Zeitpunkt des Erwerbes der letzteren: bei den Klagen auf id quod pervenit,[918]) bald wiederum der Zeitpunkt

---

918) Id quod pervenit bezeichnet an ſich nur den Erwerb (A. 738), allein

der Lit. Cont.: bei den Klagen auf quanto locupletior factus est. Und zwar wird dieſe Unterſcheidung an ſich bekundet theils durch das S. C. Iuventianum v. 129 in Dig. V, 3, 20. § 6:

Pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, et si eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere,

womit gleichbedeutend zuvor geſagt iſt:

Redacta ex pretio rerum venditarum pecunia;

ſowie andrerſeits:

Condemnandos — eos — usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent;

theils auch durch die entſprechende verſchiedene Conception der bezüglichen taxationes. Denn einestheils findet ſich

A. die taxatio auf „Dumtaxat quantum ad Num. Negidium pervenit dolove malo Num. Negidii factum est, quominus ad eum perveniat“[919]) und zwar bei

1. a. utilis oder in factum wider den Delinquenten nach Ablauf der Verjährungszeit der honorariſchen a. ex delicto:

Edict. perpet. in Dig. XLIII, 16, 1. pr. Ulp. 73 ad Ed. (D. XLII, 8, 10. § 24);

2. a. utilis oder in factum wider den durch Delict des Anderen bereicherten Dritten, mit Ausnahme jedoch des Pupillen oder furiosus und ſo zwar

a. wider den Erben:

Lab. bei Ulp. 29. 71 ad Ed. (D. XIV, 2, 9. § 2. XXXIX, 1 20. § 8); Gai. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 2, 19. IV, 3, 26); Venul. 6 Interd. (D. XLII, 8, 11); Ulp. 10. 11. 29. 56. 69. 71. 72 ad Ed. (D. III, 6, 5. pr. IV, 2, 16. § 2. IV, 3, 17, § 1. XIV, 2, 7. § 5. XLVII, 8, 2. § 27. XLIII, 16, 1. § 48. fr. 3 pr. XLIII, 24, 15. § 3. XLIII, 4, 1.

---

in techniſcher Bedeutung wird ſtillſchweigend das Moment des Bereichernden des Erwerbes ſupplirt.

919) Dieſe Conception wird bekundet durch Lab. bei Ulp. 71 ad Ed. (D. XXXIX, 1, 20. § 8), Pomp, 16 ad Sab. (D. XXV, 2, 4), Ulp. 73 ad Ed. (D. XLII, 8, 10. § 24), Paul. 11. 65 ad Ed. (D. IV, 3, 27. XLIII, 16, 2); vgl. Ulp. 71 ad Ed. (D. L, 17, 157. § 1), 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 23. § 9).

§ 8); Paul. 20. 59 ad Ed. (D. L, 17, 127. XLII, 5, 10); Diocl. et Max. im C. Just. IV, 17, 1; Aurel. im C. Herm. II, 1;

b. wider den Gewalthaber:[920])

Lab. bei Ulp. 29. 66 ad Ed. (D. XV, 1, 3. § 12. XLII, 8, 6. § 12); Pap. 11 Quaest. (D. XXV, 2, 5); Ulp. 29. 34. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 16. XXV, 5, 1. § 5. XLIII, 16, 1. § 19), 41 ad Sab. (D. XIII, 1, 4);

c. wider die juriſtiſche Perſon oder den Mandanten:

Pomp. bei Ulp. 10 ad Ed. (D. XLIII, 16, 4), Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 15. § 1. 2);

B. Und andererſeits wiederum die taxatio: „Dumtaxat quanto Num. Negidius locupletior factus est" findet ſich bei

1. a. utilis wider den Pupillen oder furiosus auf Reſtitution der Bereicherung, welche derſelbe erlangte

a. durch ein ohne tutoris auctoritas begründetes Rechtsverhältniß: rescr. Antonini Pii bei Ulp. 10. 28. ad Ed. (D. III, 5, 3. § 4. XIII, 6, 3. pr.), 1 ad Sab. (D. XXVI, 8, 1. pr.) und bei Paul. 1 Quaest. (D. III, 5, 34); Pomp. 6 ex Plaut. (D. XLVI, 3, 66); Ulp. 30. 76. ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 15. XLIV, 4, 4. § 4); vgl. Paul. 1 Sent. (D. III, 5, 37. pr.); Marc. 4 Reg. (D. XLVI, 3, 47);

b. durch delictiſches Verhalten des tutor:

Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 7); Pap. 20 Quaest. (D. XXVI, 9, 3); Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 15. pr.);

2. a. Pauliana utilis:[921])

Ulp. 66 ad Ed. (D. XLII, 8, 6. § 11);

3. cond. ob caus.[922]) und zwar

---

920) Hier bei a. ex delicto oder quasi ex contractu utilis oder interd. utile de in rem verso, wie de peculio und zwar letzterenfalls formulirend auf: quantum ad peculium pervenit.

921) Vgl. wegen derſelben Voigt, cond. ob. caus. A. 744.

922) Vgl. Voigt, a. O. A. 258 unter 1 und 3. Ohne Grund negirt Keller, Civ. Pr. A. 454 in den Fällen unter 1 und 3 a die taxato überhaupt.

a. cond. sine causa in Folge von donat. int. vir. et ux.:

Ulp. 32 ad Sab. (D. XXIV, 1, 5. § 18. fr. 33. § 1); vgl. Ulp. cit. (D. cit. fr. 7. pr. § 3), Paul. 7 ad Sab. (D. XXIV, 1, 28. pr.), 6 Quaest. (D. XXIV, 1, 55);

b. cond. ob iniust. c. bei datio auf Grund nichtiger transactio über letztwillig hinterlassene Alimente:

Ulp. 5 de Omn. trib. (D. II, 15, 8. § 22).

Die sachliche Verschiedenheit aber beider Ausdrücke besteht darin, daß das quod pervenit die erlangte Bereicherung überhaupt bezeichnet, so daß es irrelevant ist, ob dieselbe zum Zeitpunkte der Lit. Cont. oder des Judicates noch vorhanden oder wieder verloren worden ist:

Paul. 20 ad Ed. (D. L, 17, 127): quum praetor in heredem dat actionem quatenus ad eum pervenit, sufficit, si vel momento ad eum pervenit;

S. C. Juventian. cit.

wogegen das quanto locupletior factus est lediglich die noch vorhandene erlangte Bereicherung bezeichnet,[923]) dem zufolge hier wesentliches Erforderniß ist, daß dieselbe zum maaßgebenden Zeitpunkte noch im Vermögen des Betreffenden sich befinde:

Jul. 64 Dig. (D. IV, 2, 18): si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiorem;

Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 11 fg. fr. 27. 29); vgl. Paul. sent. rec. I, 9, 4 a.

Und jenen maaßgebenden Zeitpunkt selbst wieder ergiebt im Allgemeinen die Lit. Cont.:

Sev. und Carac. bei Ulp. 32 ad Sab. (D. XXIV, 1, 7. pr.), Ulp. l. c. (D. cit. fr. 5. § 18. fr. 7. § 3), 11 ad Ed. (D. IV, 2, 20), Paul. 1 Sent. (D. III, 5, 37. pr.), Mar-

---

923) Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 23. pr.) drückt den Gegensatz so aus: quod prima ratione fuerit, und: quod durat. Vgl. auch Ulp. 49 ad Ed. (D. XVIII, 4, 2. § 1. 3). Die Rede der röm. Juristen hält sich jedoch hier, wie anderwärts nicht ganz frei von Negligenzen, so Pomp. bei Jul. 3 Dig. (D III, 5, 6. § 6) bezüglich der a. de in rem verso (unter II B), Proc. bei Paul. 7 ad Sab. (D. XXV, 2, 3. § 4) bezüglich der a. ex delicto utilis de in rem verso (unter II A), Jul. 3 Dig. (D. III, 5, 6. § 3) bezüglich der a. neg. gest. contraria. Im Allgemeinen vgl. noch bei A. 841.

cian. 4 Reg. (D. XLVI, 3, 47. pr.); vgl. Paul. l. c. (D. IV, 4, 34. pr.); [924])

für die hered. petitio insbeſondere aber nach einer erſt ſpät zur Anerkennung gelangten und vorher controverſen Lehrmeinung das Judicat:

Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 36. § 4): quo tempore locupletior esse debet bonae fidei possessor dubitatur; sed magis est rei iudicatae tempus spectandum esse.

Indem nun aber die proceſſualiſche Geltendmachung der betreffenden Anſprüche auf Reſtitution der Bereicherung durch Klagen erfolgt, ſo zerfallen daher dieſelben, mit Ausnahme der a. rescissoria und restitutoria, nach jener zwiefältigen Modalität der Fixirung vom pecuniären Status der Bereicherung in zwei Gruppen, nämlich

I. Klagen, welche auf das quanto locupletior factus est reus in dem im Obigen feſtgeſtellten techniſchen Sinne ſich richten. Und zwar wird ſolche ſachliche Bedeutung untergelegt:

A. der taxatio „Dumtaxat quanto Num. Negidius locupletior factus est“ der bezüglichen Klagen, ſomit bei

1. a. utilis ex contractu vel quasi wider Pupillen oder furiosus aus dem ohne tutoris auctoritas begründeten bereichernden Rechtsverhältniſſe: unter B 1 a:
2. a. utilis ex delicto oder a. in factum wider Pupillen oder furiosus aus dem bereichernden Delicte des Tutor: unter B 1 b, übereinſtimmend damit, daß auch die exc. doli wider den Pupillen auf quanto locupletior factus est ſich richtet: Ulp. 11. 76 ad Ed. (D. IV, 3, 15. pr. XLIV, 4, 4. § 23);

B. der taxatio „Dumtaxat quantum ad Num. Negidium pervenit dolove malo Num. Negidii factum est, quominus ad eum perveniat“ bei folgenden Klagen: [925])

---

924) Vgl. Keller, Lit. Cont. 195. A. 4., wie auch Mandry, im Arch. f. civil. Prax. 1865. 48, 232 fg. Ganz unhaltbar iſt die Diſtinction von Sell, Verſuche I, 16 fg. Bezüglich der oberwähnten Lehrmeinung von Paul. 20 ad Ed. vgl. A. 1750.

925) Bezüglich der obigen, wie der in § 80 betrachteten Klagen treten folgende wirkliche Widerſprüche zwiſchen der civilrechtlichen Theorie und der proceſſualiſchen Formelconception zu Tage: A. der taxatio auf quan-

1. a. utilis ex delicto oder a. in factum wider den Delinquenten nach Ablauf der Verjährungszeit der honorariſchen a. ex delicto:

Gai. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 3, 28):

2. a. utilis ex delicto oder a. in factum wider den bereicherten Dritten, mit Ausnahme jedoch von I A 2 und II A; und ſo zwar bei

a. der actio ex delicto utilis oder in factum wider den Erben:

Lab. bei Paul. 52 ad Ed. (D. XXXIX, 4, 4. pr.); Jul. 55 Dig. (D. VI, 1, 52); Marcell. 24 Dig. (D. XL, 13, 2), Gai. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 3, 26); Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII. 8, 2. § 27); vgl. Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 3. pr.), Paul. 1 ad Ed. (D. XLIV, 7, 35. pr.);

wovon jedoch eine Ausnahme bildet die hered. petitio possessoria, welche wegen des dolo malo desinere possidere des Erblaſſers wider den Erben auf das volle id quod ad eum pervenit ſich richtet:

Paul. 20 ad Ed. (D. L, 17, 127. vgl. A. 1116);

b. der a. ex delicto oder quasi ex contractu utilis oder dem interd. utile de peculio wider den Gewalthaber:

Atilicin. bei Pomp. 6 ad Sab. (D. XXX, 1, 48. pr.), Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 3. § 12), Paul. 19 ad Ed. (D. XI. 5, 4. § 1);[926])

---

tum pervenit wird die ſachliche Bedeutung untergelegt des quanto locupletior factus est: unter I B; B. der condemnatio auf quanti ea res erit wird die Bedeutung untergelegt: a. des quanti interest: unter III. § 80 unter II. III: b. des quanto locupletior factus est: unter I C; c. des quod ad eum pervenit: unter II C. Alle dieſe Widerſprüche gehören jedoch der rechtshiſtoriſchen Entwickelung an und ſind deßhalb in § 142 zu erörtern. In Bezug auf die erſte Thatſache ſagt Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 23. pr.): verbum „pervenisse" ambiguum est, solumne hoc contineret, quod prima ratione fuerit, an vero et id, quod durat (A. 923); allein dieſe ambiguitas iſt eben erſt durch jene interpretative Thätigkeit der Juriſten geſchaffen worden; vgl. A. 764.

926) Dies ergiebt ſich ſchon aus der allerdings abuſiven, wie Ulp. 2 Disp. (D. L, 17, 58) beſonders bezeugt, Benennung der Klage als a. de

c. demnach wohl auch bei a. ex delicto utilis oder in factum ebenſo wider die juriſtiſche Perſon oder den Mandanten, obwohl hierfür die beſonderen Zeugniſſe mangeln.

C. Der condemnatio „Quanti ea res erit, tantam pecuniam oder reſp. tantae pecuniae quadruplum, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato," und zwar

1. bei a quod met. causa wider den dritten Beſitzer: Jul. 64 Dig. (D. IV, 2, 18);[927]) vgl. Ped. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 5);

2. ausnahmsweiſe bei hered. petitio, ſomit bei formula petitoria in Function einer cond. sine causa in den drei Fällen, daß der bon. fid. poss. durch Veräußerung von Nachlaßobjecten vor der in ius vocatio oder der hereditas vor der Lit. Cont. oder durch Eigenthumserwerb der vor der Lit. Cont. ſeparirten Früchte auf Unkoſten des Klägers eine Bereicherung erlangte: § 85 unter C 2 e. 3;

3. bei incerti cond. ex lege repetundarum wider den bereicherten Dritten, nach Analogie von 1.[928])

II. Die andere Gruppe von Bereicherungsklagen richtet ſich dagegen auf das quod ad reum pervenit in dem oben feſtgeſtellten techniſchen Sinne der Bereicherung nach dem Status zum Zeitpunkte ihres Erwerbes. Und dem entſprechend wird denn nun ſolche ſachliche Bedeutung beigemeſſen

A. der taxatio „Dumtaxat quantum ad Num. Negidium

---

peculio: Lab. bei Ulp. 66 ad Sab. (D. XLII, 8, 6. § 12), Mela und Fulcin. bei Paul. 7 ad Sab. (D. XXV, 2, 3. § 4), Jul. bei Paul. 3 ad Ner. (D. XIII, 1. 19), Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 3. § 12) im Vergleiche mit Gai. IV, 73. Ulp. 23 ad Ed. (D. XV, 1, 1. § 4), Diocl. et Max. im C. Just. IV, 26, 11.

927) Gegenüber dieſer eingehenden Darlegung der Haftung für das bloße quantor locupletior factus est kann das id quod pervenit bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 16. § 2) nur als Nachhall einer älteren Anſicht aufgefaßt werden: vgl. § 142.

928 Dies jedoch erſt in der Kaiſerzeit, wogegen von Vorne herein die durch die Klagformel gegebene Richtung auf id quod pervenit im obigen techniſchen Sinne maaßgebend war; § 121. 142. A. 1483.

pervenit dolove malo Num. Negidii factum est, quominus ad eum perveniat" bei a ex delicto oder quasi ex contractu utilis oder interdictum utile de in rem verso wider den Gewalthaber:

Lab. bei Ulp. 66 ad Ed. (D. XLII, 8, 6. § 12); Pap. 11 Quaest. (D. XXV, 2, 5); Ulp. 29. 34. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 16. XXV, 5, 1. § 5. XLIII, 16, 1. § 19), 43 ad Sab. (D. XVIII, 1, 29); Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 5, 4. § 2).

B. Der taxatio „Dumtaxat quod in rem Num. Negidii versum est" bei a. ex contractu vel quasi de in rem verso oder auch bei Cumulation mit der a. de peculio nach Maaßgabe von Nerat. 2 Resp. bei Paul. 4 Quaest. (D. V, 3, 19): „Dumtaxat — — vel si quid in rem Num. Negidii inde versum est":

Lab. bei Ulp. 66 ad Ed. (D. XLII, 8, 6. § 12), Gai. IV, 73. (J. Just. IV, 7, 4), Afric. 8 Quaest. (D. XV, 3, 17. pr.), Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 3, 3. § 7. 8. 10); vgl. Alf. 2 Dig. (D. XV, 3, 16).

C. Der condemnatio: „Quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato," und zwar

1. bei cond. ob caus. mit Ausnahme der furtiva (ſ. sub III); [929])
2. bei formula petitoria in Function einer cond. sine causa, nämlich in den Fällen, daß bei rei vindicatio der Beklagte bei unverſchuldeter Vereitelung der Reſtitution oder durch eine nach der Lit. Cont. vorgenommene nothwendige oder nützliche Veräußerung des Streitobjectes einen Gewinn machte; oder daß

929) Voigt, Cond. ob caus. 319 fg.; vgl. Mandry im Arch. f. civil. Prax. XLVIII, 240 fg. Die Haftung auf das id quod pervenit wird jedoch in Wahrheit wieder auf das quanto locupletior factus est herabgeſetzt durch die Einſchränkung, daß die caſuelle Vereitelung der Reſtitution von der Verpflichtung zu ſolcher liberirt und nur die Verbindlichkeit zur Herausgabe des dabei gemachten Gewinnes beſtehen läßt; vgl. A. 1669. 1671. Und ſo nun in Verbindung mit A. 923 erklärt ſich, daß Jul. bei Afric. 2 Quaest. (D. XII, 1, 23) und Paul. 6 Quaest. (D. XXIV, 1, 55) das quanto locupletior factus est zu Grunde legen; vgl. Voigt, a. O. A. 252.

bei her. pet. der Beklagte durch eine nach der Lit. Cont. ex decreto praetoris vorgenommene, oder aber zwar ohne solches Decret vorgenommene, doch aber nothwendige oder nützliche Veräußerung von Nachlaßobjecten eine Bereicherung erlangte; oder daß endlich bei formula petitoria der Beklagte nach der Lit. Cont. dolos das Streitobject veräußerte, welchenfalls der Kläger electiv das diesfallsige pretium fordern kann: § 85 unter C 1. 2 a—d.

D. Der intentio sammt condemnatio: „Quidquid parret ob eam rem Num. Negidium Aul. Agerio dare facere oportere ex fide bona, eius, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato" der bon. fid. a. (s. A. 775) und zwar in Function

a. einer cond. ob caus. (§ 88 unter I);

b. einer Impensenklage[930]) (§ 88 unter II);

c. einer Bereicherungsklage bezüglich des Gewinnes aus der res debita (§ 89 a. E.).

III. Endlich ganz irregulärer Weise wird zwei Bereicherungsklagen die Richtung auf das id quod interest beigemessen, somit also denselben von der Interpretatio die Function von Schädenklagen beigelegt, nämlich

A. der cond. furtiva triticaria, wie incerti:

Paul. 9 ad Sab. (D. XIII, 1, 3); vgl. A. 1671; Voigt, Cond. ob caus. A. 253.

B. Der a. rerum amotarum:

Sabin. bei Pomp. 16 ad Sab. (D. XXV, 2, 8. § 1), Paul. 37 ad Ed. (D. XXV, 2, 21. § 3. 4), Tryph. 11 Disp. (D. XXV, 2, 29);

eine Ordnung, die jedoch nicht bloß, wie bemerkt, irregulär, sondern deren theoretische Tragweite in Wahrheit die ist, jene beiden Klagen aus Bereicherungsklagen geradezu in Schädenklagen umzuwandeln.

Im Uebrigen aber ergiebt sich daraus zugleich, daß die Bereicherungsklagen ihrer processualischen Natur nach dreifältig

930) Die Natur dieser Klage ergiebt sich aus dem oben bezüglich der Impensen Bemerkten.

ſind: theils beſondere actiones directae, nämlich condictiones ob causam ſammt a. rer. amotarum, cond. ex lege repetundarum, wie a. quod. met. c. wider den dritten Beſitzer; theils actiones directae der aequitas, denen die Function als Bereicherungsklage mit übertragen worden iſt: bon. fid. a. und formula petitoria, theils endlich actiones utiles: a. de in rem verso, actiones utiles ex contractu vel quasi oder ex delicto, reſp. a. in factum, wie a. rescissoria und restitutoria.

Ueberdem erfolgt die defenſive Geltendmachung des Anſpruches auf Reſtitution der Bereicherung den Aequitätsklagen gegenüber regelmäßig durch defensio ipso iure und nur ausnahmeweiſe durch exc. doli mali, und endlich iſt in gewiſſer Beziehung mit den Thatbeſtänden der cond. ob caus. auch die Folgewirkung verknüpft, daß der davon Benachtheiligte gegenüber der Klage auf Erfüllung des betreffenden Rechtsgeſchäftes deſſen Nichtrechtsbeſtändigkeit geltend machen kann und zwar, dafern das Rechtsgeſchäft ein bon. fid. negotium iſt, ebenfalls durch defensio ipso iure, Punkte, auf welche in § 82 im Näheren zurückzukommen iſt.

§ 82.

Das Poſtulat der Zweiſeitigkeit in Berückſichtigung der Vermögensintereſſen zur Vermeidung ungerechtfertigter Vermögensſchädigung, wie Bereicherung.

Der dritte in § 75 unter III dargelegte Unterſatz der aequitas enthält das Verbot, daß aus der Geltendmachung vom Anſpruche des einen Intereſſenten nicht eine iniquitas für den Mitintereſſenten nach Maaßgabe der Unterſätze in § 80 und 81, ſomit weder eine ungerechtfertigte Bereicherung des Erſteren, noch eine ungerechtfertigte Vermögensſchädigung des Letzteren reſultire, oder, was daſſelbe beſagt, das Gebot, daß die innerhalb eines Rechtsverhältniſſes hervortretende Colliſion der beiderſeitigen Intereſſen nach Maaßgabe jener Satzungen der aequitas gelöſt werde. Im Beſonderen aber gewinnt ſolches Poſtulat wiederum nach einer zwiefachen Richtung hin ſeine Wirkſamkeit, inſofern jene Colliſion der beiderſeitigen Intereſſen bald innerhalb des

nämlichen Rechtsverhältnisses im Allgemeinen obwaltet: dafern dem Rechtsanspruche des Einen ein in jener Weise collidirender Anspruch des Anderen entgegentritt, bald aber auch innerhalb des nämlichen Rechtsanspruches im Besonderen sich geltend macht: dafern der Anforderung des Einen auf richterliche Anerkennung solchen Anspruches die auf die Satzungen in § 80 oder 81 gestützte collidirende Anforderung des Anderen auf dessen Nichtanerkennung entgegentritt. Insbesondere nun beruht

I. der erstere Fall der Interessen-Collision auf dem Verhältnisse, daß innerhalb des nämlichen Rechtsverhältnisses zwei einander gegenüberstehende Ansprüche der beiden Interessenten auf Grund der aequitas mit einander collidiren, somit aber zwei connexe Ansprüche in ein der aequitas widersprechendes Verhältniß zu einander treten. Und zwar wird hierbei die Identität an sich des Rechtsverhältnisses oder die eadem causa und dem entsprechend auch die Connexität des Gegenanspruches einestheils bestimmt durch die Personenidentität der Parteien, und anderntheils für die a. in rem durch die Identität des corpus oder des Rechtsobjectes, für die a. in personam aber durch die Identität der causa obligationis, als der theoretisch festgestellten juristischen Individualität der Obligation.[931]) Solches Verhältniß selbst aber prägt sich wiederum aus in den beiden Vorkommnissen, daß

A. dem Hauptanspruche des Einen ein connexer Hauptanspruch des Anderen nach Maaßgabe der Untersätze der aequitas in § 80 und 81 gegenüber gestellt wird. Und zwar, indem nach § 68 das hier maaßgebende Princip der aequitas lediglich in der Sphäre des Contractes, wie Quasicontractes, und des dinglichen Rechtes insoweit, als an dasselbe Rechtsverhältnisse obligatorischen Characters sich anknüpfen, zur Ausprägung gelangt, tritt solche Collision nur bei wesentlich zweiseitigen Obligationen zu Tage[932]) und wird hier nun nach dem

---

931) Voigt, Cond. ob caus. § 29. Zu dem Nachstehenden im Allgemeinen vgl. Birkmayer, Exceptionen § 13.

932) Demnach fällt die Collision des meum esse ex iure Quir. und in bonis esse, wie des dominium und der bon. fid. possess. nicht in die

Geſetze einer zeitlichen Aufeinanderfolge der beiden Hauptanſprüche gelöſt (§ 90 unter I A). Sodann

B. in dem anderen Falle tritt dem Hauptanſpruche des Einen ein connexer Nebenanſpruch des Anderen nach Maaßgabe der Poſtulate der aequitas in § 80 und 81 gegenüber, und diesfalls nun wird ſolche Colliſion auf dem Wege gelöſt, daß Vor- und Gegenanſpruch gegen einander abgewogen und ausgeglichen und beziehentlich nach ſolchem Ergebniſſe das Quantum der dem Berechtigten zuzuerkennenden Vermögensleiſtung beſtimmt wird. Im Uebrigen aber tritt ſolches Colliſionsverhältniß, entſprechend jenen zwiefältigen Unterſätzen der aequitas, in der doppelten Proportion zu Tage, daß

1. dem Voranſpruch ein connexer Gegenanſpruch wegen erlittener und von dem Gegner zu vertretender ungerechtfertigter Vermögensſchädigung (§ 80) ſich entgegenſtellt; und dies Verhältniß wiederum geſtaltet ſich

a. bald zur compensatio culpae (A. 812): dafern der Dolus ſelbſt mit dem Dolus oder die Culpa unmittelbar mit Dolus oder Culpa, nicht aber das durch die Verſchuldung der Schädigung begründete Debitum mit dem Debitum compenſirt wird;

Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 7. 5); Ulp. 30. 63 ad Ed. (D. XIII, 7, 22. § 4. XVI, 2, 10. pr.); Paul. 5 ad Plaut. (D. XVIII, 1, 57. § 3); Marcian. 2 Reg. (D. IV, 3, 36); vgl. Lab. und Marc. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 13); Jul. 2 Dig. (D. II, 10. 3. § 3);

b. bald zur compensatio debiti, ſomit alſo des damnum mit dem debitum, ſei es nun daß das damnum herbeigeführt iſt durch Verletzung der nach Maaßgabe der aequitas obliegenden Verbindlichkeiten, daher insbeſondere durch mora accipiendi des Klägers oder auch bei zweiſeitigen Obligationen

---

ureigene Sphäre der aequitas, ſondern darüber hinaus: die aequitas greift dabei in ein fremdes Gebiet über; und das manifeſtirt ſich darin, daß ſolche Colliſion nicht ipso iure, ſondern ope exceptionis: durch exc. rei vend. et trad., wie iusti dominii proceſſualiſch zur Geltung gelangt.

durch die vom Kläger bezüglich seiner Leistung verschuldete mora solvendi, Vereitelung der Solution am legalen Leistungsorte, wie Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, sei es daß das damnum sich ergiebt aus einem durch die aequitas reprobirten delictartigen Verhalten des Gegners, mit Ausnahme jedoch der Benutzung des relevanten error in der Willensbestimmung, wo allein die Rechtsordnung unter II Platz greift;

2. oder daß dem Voranspruche ein connexer Gegenanspruch auf Abrechnung der von dem Gegner gemachten ungerechtfertigten Bereicherung (§ 81) sich entgegenstellt, somit also Compensation des lucrum mit dem debitum, so z. B. compensatio lucri cum damno vorliegt (A. 831 fg.), ein Verhältniß, welches eintritt in allen den Fällen, wo die von der aequitas reprimirte Bereicherung vermittelt ward durch einen klagerzeugenden Rechtserwerb.

Der rechtliche Effect aber solchen Gegenanspruches, wie solcher in dem Richterurtheile zur Ausprägung gelangt, ist ein vierfältiger, nämlich

a. retentio bei der a. arbitraria: in der pronuntiatio de restituendo wird gleich als Bedingung für die Restitution oder Exhibition des Streitobjectes Seitens des Beklagten die Erfüllung der demselben zuständigen Gegenforderung Seitens des Klägers von dem Richter gesetzt: A. 963;

b. deductio: in der iudicatio wird die dem Beklagten auferlegte Geldsumme um den Betrag von dessen Gegenforderung gemindert;

c. cessio actionis: in der iudicatio wird eine vom Kläger zur Erfüllung der Gegenforderung des Beklagten zu leistende Cession als Bedingung der Verurtheilung aufgestellt, so bei bon. fid. a.: A. 832 und bei rei vind. per form. petit.: § 84 unter DIIa: Ulp. 2 Disp. (D. XXI, 2, 38), Paul. 13 ad Sab. (D. VI, 1, 69);

d. stipulatio iudicialis: in der iudicatio wird eine vom Kläger zur Sicherung der Gegenforderung des Beklagten zu leistende Caution als Bedingung der Verurtheilung aufgestellt,

ſo per se non fieri, possessionem rei, qua de agitur, reo non traditum iri oder lege Aquilia se non acturum bei dinglicher Klage per formulam petitoriam: § 84 unter D II a und bei A. 964.

Dagegen zur proceſſualiſchen Geltendmachung ſolcher Gegenforderung bietet die aequitas bei den ihr unterfallenden Klagen die defensio ipso iure als das normale Rechtsmittel. Lediglich ausnahmeweiſe fällt dieſelbe hinweg und es tritt dann als nothwendiger Erſatz an deren Stelle die exc. doli mali einestheils bei bon. fid. a. in dem Falle, daß auf Grund der Bereicherung des Pupillen eine Gegenforderung wider denſelben geltend gemacht wird: § 90, ſowie anderntheils bei der formula petitoria, wo indeß wiederum die hered. petitio eine weitgreifende Ausnahme begründet, indem dieſelbe in mehrfacher Beziehung zur normalen Ordnung der defensio ipso iure zurückkehrt: § 85 unter D 1.

II. Sodann greift das obige Verbot auch in dem Falle ein, wo innerhalb des nämlichen Rechtsanſpruches die Partei-Intereſſen auf Grund der Poſtulate der aequitas in § 80 und 81 collidiren, indem der Anforderung des Einen auf Rechtsbeſtändigkeit ſeines Anſpruches die Anforderung des Anderen auf deſſen Nichtrechtsbeſtändigkeit, geſtützt auf jene Satzungen der aequitas, entgegentritt, und wo nun das obige Verbot die Richtung gewinnt, daß bezüglich des fraglichen Anſpruches, mag ſolcher Vor- oder Gegen-Anſpruch ſein, nicht einſeitig das Intereſſe des Betreffenden, ſondern nicht minder auch das Intereſſe des Gegenparts nach Maaßgabe der aequitas zu berückſichtigen und gegen eine der aequitas widerſtreitende Verletzung zu wahren iſt. Und zwar kann ſolche Verletzung an ſich durch jenen Anſpruch des Mitintereſſenten

1. eine gegenwärtige ſein, ſo daß ſofort mit Erfüllung jenes Anſpruches, ſei es eine ungerechtfertigte Schädigung des Leiſtenden,[933]) ſei es eine ungerechtfertigte Bereiche-

933) So durch vis, dolus malus oder Benutzung des error in der Willensbeſtimmung: ſ. A. 1096—1098.

rung [934]) des Mitintereſſenten herbeigeführt werden würde. Und diesfalls nun greift die Ordnung Platz, daß der betreffende Anſpruch als rechtsunbeſtändig behandelt: ſei es reſcindirt, ſei es für nichtig [935]) erklärt wird. Sodann iſt aber auch

2. das Intereſſe gegen eine durch den Anſpruch des Gegners begründete zukünftige Verletzung zu wahren, ſei es nun daß die Erfüllung jenes Anſpruches den Leiſtenden mit einer ungerechtfertigten Schädigung oder aber mit einer ungerechtfertigten Bereicherung des Gegners bedroht. Und diesfalls greift wiederum die Ordnung Platz, daß durch Auferlegung einer stipulatio iudicialis der Berechtigte dem Mitintereſſenten Sicherſtellung wegen der drohenden zukünftigen Verletzung von deſſen Intereſſe zu leiſten hat. [936]) Demgemäß wird daher insbeſondere einerſeits dem Berechtigten ſolche Caution auferlegt zum Schutze der Intereſſen des Verpflichteten, und ſo zwar bei formula petitoria in der pronuntiatio de restituendo die

cautio rei, de qua agitur, recte praestari: Alfen. Var. 6 Dig. (D. VI, 1, 57), 3 Dig. a Paul. epit. (D. VI, 1, 58), Lab. bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 19), Nerat. 7 Membr. (D. V, 3, 57);

cautio defensum iri: Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. pr.);

oder in der iudicatio die

cautio de evictione bei a. comm. div.: Paul. 23 ad Ed. (D. X, 3, 10. § 2);

cautio defensum iri bei a. rei uxoriae: Paul. 36 ad Ed. (D. XXIV, 3, 25. § 4), 5 ad Plaut. (D. XXIV, 3, 55), bei a. fam. hercisc.: Voigt, lex Maenia A. 100;

cautio de re restituenda bei a. fiduciae: Pap. 13 Resp.

---

934) So durch vitiöſe causa der intendirten Solution: A. 1101 fg.

935) Erſteres in A. 1096. 1097; Letzteres in A. 1098 fg.

936) In welcher Form der iudicatio die Verurtheilung des Beklagten in ſolche cautio ſtattfand, darüber herrſcht mancher, ziemlich unbegründete Zweifel: Keller, Civ. Pr. A. 448. 771.

(D. XXXIX, 6, 42. pr.) und dazu Keller in Ztſchr. f. geſch. R. W. XII, 400 fg.;

wie andrerſeits dem Verpflichteten ſolche Caution auferlegt zum Schutze der Intereſſen des Berechtigten, und ſo nun bei formula petitoria in der pronuntiatio de restituendo die

cautio de re restituenda: A. 956. 957.

cautio de dolo: Jul. 3 Dig. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 9. § 5), Gai. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 1, 18. § 20), Ulp. 68 ad Ed. (D. VI, 1, 45), Inst. Just. III, 18, 1;

oder in der iudicatio die

cautio de re restituenda: A. 956;

cautio de re praestanda: A. 974. Pomp. 10 Epist. (D. XIX, 1, 55), Inst. Just. III, 18, 1;

cautio quidquid ad se pervenerit, restitutum iri bei a. ex emto: Jul. 33 Dig. (D. XIX, 1, 23);

cautio defensum iri bei a. mandati: Paul. 5 ad Plaut. (D. XVII, 1, 45. § 2);

cautio de indemnitate bei a. fam. hercisc.: Gai. 7 ad Ed. prov. (D. X, 2, 19), Paul. 23 ad Ed. (D. X, 2, 25. § 13. fr. 29);

cautio non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, ius sibi esse altius tollere, wie tigna in parietem immissum non iri bei a. negatoria per form. petit.: Afric. 9 Quaest. (D. XXXIX, 1, 15), Jav. 2 Ep. (D. VIII, 5, 12).

Zur proceſſualiſchen Geltendmachung aber ſolchen Conflictes der Intereſſen des einen mit dem Anſpruche des anderen Theiles bietet die aequitas für die ihr angehörigen Klagen theils die defensio ipso iure, inſofern nämlich die Begründung des betreffenden Anſpruches jenen Intereſſen-Conflict herbeiführte, theils aber auch die bon. fid. a., inſofern die Aufhebung ſolcher Klage jenen Conflict begründete.[937])

937) Paul. 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 24. pr.): irrita sit approbatio (sc. operis locati) dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit; 11 ad Ed. (D. IV, 3, 25): quum a te pecuniam peterem eoque nomine iudicium acceptum est, falso mihi persuasisti, tamquam eam pecuniam servo meo aut procuratori solvisses, eoque modo consecutus es, ut consentiente me absolvereris; quaerentibus nobis, an in te doli iudicium dari debeat, placuit de dolo actionem non dari, quia alio modo mihi succurri potest;

So daher ergeben ſich aus Alle dem die beſonderen theoretiſchen Ordnungen und die eigenthümliche practiſche Behandlung der Rechtsverhältniſſe, welche aus der hier erörterten Poſition der aequitas ebenſo in Unterſchied von den in § 80 und 81 behandelten beiden Poſitionen, wie im Gegenſatze zu dem rigor hervorgehen: während jene letzteren beiden Poſitionen den Anſpruch eines Intereſſenten auf Erſatz der erlittenen ungerechtfertigten Schädigung oder auf Reſtitution der vom Gegenpart erworbenen ungerechtfertigten Bereicherung ergeben, ſo führt nun die hier entwickelte Poſition einerſeits zu der Ordnung, daß ſolcher Anſpruch des ungerechtfertigt Benachtheiligten mit einem connexen Voranſpruche des Schädigers oder des Bereicherten proceſſualiſch cumulirt: zu proceſſualiſch einheitlicher Behandlung verbunden wird, wie andrerſeits zu der diametral entgegenſtehenden Ordnung, daß anſtatt ſolchen Anſpruches auf Schadenerſatz oder Reſtitution der Bereicherung dem Benachtheiligten vielmehr das Recht zugeſprochen wird, den ungerechtfertigt ſchädigenden oder bereichernden Vorgang als nicht zu Recht beſtehend: als reſciſſibel oder nichtig zu behandeln: es wird mit Einem Worte zu Gunſten des benachtheiligten Intereſſenten der ungerechtfertigt ſchädigende oder andrerſeits ungerechtfertigt bereichernde Vorgang innerhalb der angegebenen Gränzen gleich als ſogen. negotium claudicans von der aequitas behandelt.

§ 83.

A. Die formula petitoria als Organ der aequitas.

Die in § 76 geſtellte Aufgabe, die dingliche Klage per formulam petitoriam in ihrer Function als eines der Centralorgane der aequitas zur Darſtellung zu bringen und ſo die mehrfachen Poſitionen der Letzteren darzulegen, welche in Jener zur Ausprägung gelangt ſind, iſt am Geeignetſten in der Weiſe zu löſen, daß die

---

nam ex integro agere possum et, si obiciatur exceptio rei iudicatae, replicatione iure uti potero, wo ebenfalls der doppelte Geſichtspunkt, wie in A. 1102 a. E. Platz greift und die replicatio, entſprechend wie in A. 1101 die exc., auch ipso iure geltend gemacht werden kann. Dagegen ſteht auf dem Geſichtspunkte von § 80 Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 4): an Stelle der durch vis aufgehobenen Klage tritt a. quod met. c. auf Entſchädigung.

Darſtellung einestheils an die prozeßualiſche Entwickelung der Klage ſich anſchließt, weil an deren verſchiedene Stadien je verſchiedene Verbindlichkeiten des Beklagten ſich anknüpfen, anderntheils aber der Ueberſichtlichkeit wegen von den mehreren dinglichen Klagen nur zwei derſelben maaßgebend in Betracht zu ziehen: vor Allem die rei vindicatio, als den Haupttypus der ganzen Gruppe, und ſodann die hereditatis petitio, als derjenigen jüngeren Bildung, an welcher die Unterſätze der aequitas in noch weitergreifendem Maaße ſich verwirklichen. Was demnach

A. Den Prozeß in ſeinem Stadium bis zur Litis Conteſtation anbetrifft, ſo iſt die ältere Rechtsordnung, wonach die Klage nur inſoweit wider Jemand erhoben werden kann, als derſelbe zum Zeitpunkte der Lit. Cont. Beſitzer des Klagobjectes iſt, in drei Ausnahme-Punkten aufgegeben worden; nämlich

1. für den Fall, daß der mal. fid. possessor vor der Lit. Cont. vorſätzlich den Beſitz der hereditas wieder aufgiebt,[938]) ſchrieb das S. C. Juventianum v. 129 bezüglich der hered. petitio vor:[939])

---

938) Die Klage nimmt jedoch diesfalls Fiction in ſich auf: A. 987. Die Rechtsordnung an ſich aber, daß hinſichtlich der obliegenden Reſtitution oder Exhibition des Eigenthums- oder Beſitz-Objectes der Nichterfüllung ſolcher Pflicht die vor der Lit. Cont. bewirkte, vorſätzliche Vereitelung der Möglichkeit ihrer Erfüllung gleichgeſtellt iſt, geht aus von dem prätor. Edicte und hier zweifelsohne von der a. ad exhibendum. Das Edict bietet dafür die doppelte Formulirung: dolo malo facere, ut desinat possidere oder habere oder dergleichen: ſo das Edict über das interd. Quorum bonorum, de tabulis exhibend., de precario, und ſo wohl auch über das interd. Quod legatorum und die a. ad exhibendum; und ſodann: dolo malo facere, quominus apud eum sit das Edict über das interd. de liberis exhibendis und über die a. noxalis, wie auch über die a. de peculio; ſ. die Belege bei Voigt, Bedeutungswechſel 55. Dagegen in das Edict Si quis omissa causa testamenti ward das dolo malo facere, quominus possideat erſt durch die Rechtswiſſenſchaft hineingetragen: Ulp. 50 ad Ed. (D. XXXIX, 4, 1. § 10—12). Die Formulirung des S. C. Juvent.: facere, quominus possideat weicht namentlich durch Auslaſſung des dolo malo von der prätoriſchen ab, was von Bedeutung iſt wegen des Falles unter C 2c. — Bei denjenigen actiones arbitrariae, welche gegen den Detentor, nicht aber gegen den Beſitzer mit juriſtiſchem oder abgeleitetem Beſitze oder gegen den Eigenthümer gehen, ſo bei a. depositi oder commodati, greift das facere quominus possideat mit ſeinen Conſequenzen (A. 981) nicht Platz.

939) Nach Franke, Hered. Pet. 149 hat dieſer Satz nicht nur längſt ſchon

Eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent (D. V, 3, 20. § 6 fr. 25. § 2); vgl. Marcell. 4 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 13. § 14), Ulp. cit. (D. V, 3, 13. § 2. fr. 25. § 2—10. und fr. 20. § 12): si quis sciens ad se hereditatem non pertinere distraxit, sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis et fructus earum.

Dieſe Rechtsordnung aber, worunter auch die vom mal. fid. possessor vor der Lit. Cont. conſumirten Früchte fallen, ward ſpäter auch auf den mal. fid. possessor gegenüber der rei vind. übertragen und zwar in zwei verſchiedenen Anſätzen: zuerſt auf die Vindication aus dem legatum per vindicat., wo dieſelbe bekundet wird von Gai. II, 215, wozu vgl. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 7, 3. § 5), wogegen in allen anderen Fällen der Vindicant

---

im römiſchen Rechte gegolten, ſondern hat bereits vor dem S. C. auch auf den bon. fid. Anwendung erlitten. Für dieſe letztere Poſition iſt der Beweis gar nicht einmal verſucht worden; für die erſtere Poſition dagegen ſoll den Beweis ergeben der Umſtand, zunächſt daß die Gleichſtellung deſſen, der facit, quominus possideat mit dem Beſitzer in dem Edicte ſchon längſt bezüglich der reſtitut. Interdicte ausgeſprochen war: allein dieſes an ſich ſchon beweisunkräftige Argument wird widerlegt theils durch das Zeugniß, daß das S. C. zuerſt jenen Satz auf die her. pet. anwendete: Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 27. § 3), theils durch Javol. ex Cass. (D. V, 3, 48) und Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 33. § 1), wonach vor dem S. C. der einſchlagende Thatbeſtand nicht dem facere, quominus possideat, als vielmehr dem pretium succedere in locum rei unterſtellt ward (ſ. unter C 2a); ſodann daß die fragliche Rechtsordnung „auch zu natürlich und nothwendig war": allein dies iſt unwahr, denn ſonſt hätte doch ſolche Ordnung bereits im XII Tafel-Rechte gelten müſſen, was ſicher nicht der Fall iſt; endlich drittens, daß bereits Lab. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 18. pr.), wie Jul. den betreffenden Rechtsſatz ſchon vor dem S. C. kannten: allein dies iſt unwahr, da Beide zwar den Satz: pretium succedit in locum rei, nicht aber die Haftung deſſen, der facit, quominus possideat kennen, beide Ordnungen aber nicht nur nicht verwandt, ſondern diametral entgegengeſetzt ſind: denn dort haftet der Beklagte nicht auf die res, ſondern auf deren pretium, hier dagegen haftet er nicht auf das pretium, ſondern auf die res ſelbſt.

auf die a. ad exhibendum allein verwieſen wird von Marcell. bei Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 9. § 4), Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 1, 11. § 2), fr. in J. Just. II, 8, 2; und ſodann auf alle übrigen Fälle der Vindication, wo ſie aufgeſtellt wird von Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 27. § 3), ſowie, bezüglich der fructus percepti insbeſondere, von Alex. im C. Just. III, 33, 5. Diocl. et Max. daſ. III, 32, 17, 22. Just. in Inst. II, 1, 35. Immerhin aber erfolgten jene Extenſionen nicht ohne eine Modification der Klagformel (A. 987).

2. Für den Fall, daß Jemand zwar nicht zum Zeitpunct der Lit. Cont., wohl aber der pronuntiatio de restituendo Beſitzer war, ließ man bei der rei vind. nach der proculianiſchen Lehrmeinung die Verurtheilung zu:

Proc. Pegas. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 30 pr.) und bei Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 27. § 1), wozu vgl. Wetzell, Vind. Pr. 111; Jul. 9 Dig. (D. X, 4, 8); vgl. § 139 unter A 3.

3. Endlich ward der mal. fid. possessor wegen der fructus ante lit. cont. neglecti bei der rei vind., wie der her. pet. dem gleich geſtellt, der fecit, quo minus, possideat:[940])

Paul. 16 Resp. (D. XXII, 1, 15), Gord. im C. Just. III, 32, 5. Diocl. et Max. daſ. c. 22. J. Just. IV, 17, 2. vgl. Valent. et Val. im C. Th. IV, 18, 1. — Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 4) vgl. A. 962.

B. Die Litisconteſtation bewirkte keine Novation,[941]) dagegen aber wurde das Streitverhältniß neu geordnet durch die stipulatio iudicatum solvi. Und zwar war dieſe in doppelter Richtung von derartigem Einfluße, inſofern nämlich

1. dadurch möglicher Weiſe das Beſitzverhältniß während des Prozeſſes betroffen wurde, ſofern der Beklagte wirklicher possessor des Streitobjectes iſt. Denn indem mit jener Stipulation eine Regulirung des Prozeßbeſitzes[942]) Hand in Hand geht, ſo beſtimmt

940) Dieſem Rechtsſatze liegt die Idee zu Grunde, den mal. fid. poss. als neg. gestor des Eigenthümers zu behandeln; vgl. A. 962. 973.

941) Vgl. A. 1692. Keller, Lit. Cont. 169 fg.

942) Dieſer Beſitz enthält nicht interimiſtiſches meum esse ex iur. Quir., ſondern nur possessio: Gai. IV, 16. 89. Pseudo-Asc. in Cic. in Verr.

ſich dieſe nach dem Geſetze, daß an erſter Stelle dem Beklagten gegen satisdatio iudicatum solvi der Beſitz zu belaſſen iſt; dafern aber dieſer ſolche Satisdation zu übernehmen ablehnt, der Beſitz dem Kläger gegen gleiche Satisdation übertragen wird;[943]) endlich dann, wenn auch der Letztere deſſen ſich weigert, der Beſitz wiederum dem Beklagten gegen einfache stipulatio iudicatum solvi und ohne Satisdation belaſſen, eventuell bei zweifelhafter Solvenz deſſelben einem Sequeſter übertragen wird:[944])

Paul. Sent. rec. I, 11, 1. 41 ad Ed. (D. XXXVII, 10, 6. § 6) und dazu Scaev. 2 Resp. (D. XXXVII, 10, 14), ſowie Wetzell, a. O. 40 fg. — Diocl. et Max. im C. Just. VIII, 6, 1.

2. Ward dadurch das ſtreitige Rechtsverhältniß inſoweit auf die in jener Stipulation[945]) gegebene contractliche Baſis übergeleitet, als der Beſitzer durch die clausulae de re iudicata und doli mali ſich verpflichtete, das künftige richterliche iudicatum ohne Argliſt zu erfüllen, ſomit für den Fall ſeiner Verurtheilung die richterliche Litisäſtimation zu leiſten, ſowie überdem das Alterum Tantum der vom Prozeßobjecte ferner noch erwachſenden fructus dem Gegner zu präſtiren, dem entſprechend nun die stipulatio iudicatum solvi dahin ſich concipirte:[946])

---

p. 191. Daher begründete deren Uebertragung auf den Kläger eine Unterbrechung der Uſucapion des Beklagten, während ihre Belaſſung bei dem Beklagten die Vollendung ſeiner Uſucapion ermöglichte: Marc. 22 Dig. (D. XLI, 6, 2), Gai. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 1, 18. 20), Ulp. 16. 17 ad Ed. (D. VI, 1, 17. VIII, 5, 8. § 4), Paul. 21. 54 ad Ed. (D. VI, 1, 21. XLI, 4, 2. § 21). Und ſodann gab jene possessio publicianiſches ius in re: denn interim domini loco habetur ſagt Anton. Pius bei Callistr. 5 de Cogn. (D. XLVIII, 18, 15. § 2).

943) Alles dies weiſt darauf hin, daß der Prozeßbeſitz nicht immer als Vortheil galt: jedenfalls war es vielfach rathſam, dem ſolventen Gegner die Sorge für die fructus zuzuſchieben.

944) Vgl. Muther, Sequeſtration § 59 fg., ſowie wegen der geſammten Ordnung: Hartmann, Contumacialverf. 175 fg. Bei der negatoria de usufructu wird der Proceßbeſitz dem klagenden Eigenthümer gegen cautio de restit. fructibus gegeben: Paul. 5 Sent. (D. VII, 1, 60).

945) Juſtinian ſetzte an Stelle der stipulatio iudicatum solvi die weſentlich verſchiedene cautio de re defendenda ſ. A. 984.

946) Vgl. darüber Schirmer, Judicialſtip. 47 fg. Keller, Civ. Pr. A. 660 fg. Rudorff, Edict. § 295 und die daſelbſt Citirten.

Si ea res, qua de agitur, a L. Octavio iudice quive in eius locum substitutus erit,[947]) secundum me heredemve meum iudicata erit[948]) aut,[949]) quamdiu res sit,[950]) boni viri arbitratu non defendatur,[951]) quanti ea lis aestimata erit[952]) quantique eius rei fructus erunt,[953]) tantam pecuniam dari dolumque malum huic rei abesse abfuturumque esse[954]) spondes?

Während daher die clausula de re defendenda innerhalb ihrer Sphäre das Streitverhältniß bis zur iudicatio auf eine contractliche Grundlage ſtellte, ſo beließ die clausula de re iudicata das Verhältniß bis zur iudicatio durchaus auf legislativer

---

947) Scaev. 20 Dig. (D. XLVI, 7, 20), Ulp. 77 ad Ed. (D. cit. 3 pr.).

948) Cels. 25 Dig. (D. L, 16, 158) vgl. Alfen. 6 Dig. (D. VI, 1, 57), Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 7), Scaev. 20 Dig. (D. XLVI, 7, 20), Macer. 1 de App. (D. II, 8, 15. § 6), ſowie das S. C. Juvent.: si adversus eos iudicatum esset (D. V, 3, 20. § 6. 17).

949) Wegen ſolcher Verbindung beider Clauſeln vgl. Ulp. 7 Disp. (D. XLVI, 7, 13. pr.), 77 ad Ed. (D. cit. 5 § 2).

950) Afric. 6 Quaest. (D. XLVI, 7, 15): haec stipulatio: Quamdiu res [sit], non defendatur; vgl. Paul. 71. 74 ad Ed. (D. cit. 2. 11).

951) Afric. 6 Quaest. (D. III, 3, 78. pr.), Pomp. 26 ad Sab. (D. XLVI, 7, 12), Venul. 6 Stip. (D. XLVI, 7, 17), Ulp. 77 ad Ed. (D. XLVI, 1, 33); vgl. A. 950.

952) Gai. IV, 89: satisdatione — cavere, si victus sis nec litis aestimationem sufferas; J. Just. IV, 11. pr.: stipulatur quis, ut solvatur sibi, quod fuerit iudicatum; § 2: satisdatio pro litis aestimatione; Theoph. Par. IV, 11. pr.: ἐπηρώτα ὁ ἄκτωρ οὕτως· Ὁμολογεῖς καταλαβεῖν μοι, ὃ ἂν γένηται κριθέν; Gloſſar bei Brisson de V. S. v. iudicare: iudicatum solvi ἡ τῆς κρίσεως λύσις· λέγει γὰρ ὁ ἄκτωρ πρὸς τὸν ῥέον· Ὁμολογεῖς καταλαβεῖν μοι, ὃ ἂν γένηται κριθὲν ἐπὶ τῷ λυθῆναι τὴν κρίσιν (spondeane te mihi daturum, quod iudicatum erit de solvenda re iudicata); vgl. Ulp. 14 ad Ed. (D. XLVI, 7, 9). Wegen übereinſtimmender Conception der cautio de novo opere restituendo vgl. Paul. 13 ad Sab. (D. XXXIX, 1, 12), und im Uebrigen A. 768.

953) Wegen dieſer Clauſel vgl. § 84 unter E. A. 1156.

954) Cels. 4 Dig. (D. V, 3, 45). Eventuell auch mit dem freibeliebten Zuſatze: et, si huius rei dolus malus non aberit, quanti ea res erit dari: Venul. 9 Stip. (D. XLVI, 7, 19).

Unterlage und leitete erſt nach der iudicatio daſſelbe auf jene contractliche Baſis über.

C. Die erſte Sentenz in iudicio iſt Definitivurtheil, dafern der Richter dem Prozeßbeſitzer Recht gab, entgegengeſetzten Falles dagegen proceſſualiſcher Schiedsſpruch: pronuntiatio de restituendo und diesfalls nun darauf gerichtet, daß der Prozeßbeſitzer binnen geſetzten modicum tempus[955]) dem Gegner res et fructus zu reſtituiren, eventuell bei nur zeitweiliger unverſchuldeter Behinderung der Reſtitution cautio de re restituenda zu leiſten habe:

J. Just IV, 17, 2: si in rem actum sit, — iubere (sc. iudex) eum (sc. possessorem) debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si in praesenti negat se possessor restituere posse et sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis aestimatione caveat cum fideiussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituisset;[956]) Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 16 pr.); Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 35. § 1).

Und zwar übernimmt durch ſolche cautio de re restituenda der Beſitzer die Verpflichtung, binnen der geſetzten Friſt die Reſtitution in dem ihm obliegenden Umfange auf ſeine Koſten zu bewirken, eventuell für den Fall verſchuldeter Nichtreſtitution die litis aestimatio zu zahlen:

Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 7): si de homine petito secundum actorem fuerit iudicatum (i. e. pro-

---

955) So bei confessio in iure: Ulp. 5 de Omn. trib. (D. XLII, 2, 6. § 2) und beim iudicatum: A. 731.

956) Gleiche Ordnung greift Platz bei anderen actiones arbitrariae, ſo bei a. ad exhibendum: J. Just. IV, 17, 3. vgl. Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4,5.§6), Paul. 26 ad Ed. (D.X,4, 12. § 5); a. quod met. c.: Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 5. 11); vgl. Wetzell, a. O. 65. A. 3; dann auch bei a. hypothecaria nach Marc. ad form. hyp. (D. XX, 1, 13. § 5): si condicio extiterit nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit Endlich findet ſich gleiche Caution auch bei der bon. fid. a., welche auf Reſtitution tendirt, ſo nach Paul. 36 ad Ed. (D. XXIV, 3, 25. § 3. 4); vgl. § 82 Auf dieſe cautio bezieht ſich Ulp. 78 ad Ed. (D. XLV, 1, 82).

nuntiatum) et iussu iudiciis satisdatum sit hominem intra certum diem tradi et, si traditus non fuisset, poenamque stipulatus sit; Jul. und Afric. 20 Epist. bei Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39 pr.), Jul. und Pomp. 34 Var. lect. bei Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 21), Ulp. 16 ad. Ed. (D. VI, 1, 11), 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. § 2), Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 27. § 4),[957])

demgemäß nun dieſelbe dahin ſich concipirte:

Eam rem, qua de agitur, si in rerum natura erit, quantique eius rei fructus erunt, restitui et, si non restituatur, *x* dari dolumque malum huic rei abesse abfuturumque esse spondes?

Die Reſtitution[958]) ſelbſt aber umfaßt

1. normaler Weiſe das Streitobject ſammt omnis causa, ſomit ebenſowohl die res mit den fructus non separati u. dergl., wie auch im Beſonderen die fructus post lit. contest. separati: extantes, consumti, wie neglecti und nach Maaßgabe von A 1 und 3 bezüglich des mal. fid. possessor die fructus ante lit. contest. consumti und neglecti, eventuell nebſt usurae legales:[959])

---

957) Die Reſtitution auf Grund ſolcher Caution behandelt Ulp. 68 ad Ed. (D. VI, 1, 45) in der Einleitung zu den poſſeſſor. Interdicten.

958) Die Reſtitution vollzieht ſich je nach der Lage der Sache durch Tradition, Mancipation, in iure cessio rei oder servitutis: A. 942.

959) Man faßte dies in einem Axiome zuſammen, welches in dreifacher Formulirung auftritt: einmal nach Maaßgabe der Orat. Hadriani bei Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 40. pr.) id actori restitui, quod habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset: ſo Gai. 7 ad Ed. und Paul. 17 ad Ed. citt. vgl. J. Just. IV, 17, 3. und Paul. 17 ad Plaut. (D. XII, 1, 31. pr.); ſodann: id actori restitui, quod habiturus esset, si controversia ei facta non esset: ſo Paul. 50 ad Ed. cit.; endlich: id actori restitui, quod non habiturus esset possessor, si statim possessionem restituisset: ſo Mauric. cit. — Gleiche Rechtsordnung bezüglich der fructus servitutis bei der a. confessoria, wie negatoria bekunden: Gai. 6 ad XII tab. (D. XXII, 1, 19) und Ael. Gall. und Proc. daſ., Ulp. 17 ad Ed. (D. VIII, 5, 4. § 2. fr. 6. § 6. VII, 6, 5. § 3. 4. 6.) und Lab. und Pomp. daſ.; dann auch bezüglich der res principalis ſelbſt: der Servitut: Javol. 2 Ep. (D. VIII, 5, 12), Paul. 21 ad Ed. (D. VIII, 5, 7). — Dem obigen Geſichtspunkte unterſtelle ich auch Scaev. 3 Dig. (D. V, 3, 58), wo der mal. fid. possessor die fructus percepti für den heres verwendet hat, ſomit, da er

Procul. und Mauric. bei Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 27. § 1 fr. 35. § 1), Gai. 4. 7 ad Ed. prov. (D. L, 16, 22. VI, 1, 20), Pomp. 16 Ep. (D. L, 16, 246. § 1), Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1), Paul. 17. 50 ad Ed. (D. L, 16, 35. 75), Sent. rec. III, 6, 46. 2 Quaest. (D. XXII, 1, 10), Diocl. im C. Just. III, 32, 22. Valent. et Val. im C. Th. IV, 18, 1. J. Just. IV, 17, 2, vgl. Pap. 6 Quaest. (D. VI, 1, 62) und dazu Wetzell, a. O. 251 fg. — Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 2), Afric. 4 Quaest. (D. V, 3, 56), Pap. 15 Resp. (D. XXXIV, 9, 18 pr.), Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 3. fr. 25. § 20. fr. 27. 29), Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 26. 32. 40. § 1. 2), Sent. rec. I, 13 b, 9. Herm. 2 Jur. Ep. (D. V, 3, 52), Ant. Phil. im C. Just. III, 31, 1. § 1. Sev. et Car. daſ. III, 31, 2. VI, 35, 1. J. Just. IV, 17, 2; vgl. A. 976.

Dahingegen haftet der Beſitzer bei der her. pet. insbeſondere nicht für usurae legales von den zu reſtituirenden Nachlaßgeldern:

Pap. 3 Quaest. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 14), 6 Quaest. (D. VI, 1, 62 pr.), vgl. Francke, Her. Pet. 227 fg.

Andererſeits aber begründet der Aufwand von impensae necessariae auf die zu reſtituirenden fructus für den Reſtitutionspflichtigen ein ipso iure zur Geltung kommendes Retentionsrecht an dieſen Früchten.[960])

Inſoweit nun das Reſtitutionsobject bis zur Lit. Cont. von dem Beklagten meliorirt worden iſt, darf der Reſtituent ebenſo die trennbare Melioration ablöſen, wie die fructus, welche die Melioration für ſich ergab, zurückbehalten:

Paul. 2 ad Ed. (D. VI, 1, 31).

ſolche nicht conſumirte, dafür auch nicht haftet. Franke, a. O. 430 findet ſich ſehr leicht mit dieſer Stelle ab durch den Satz: „die her. petit. wurde längſt als bon. fid. a. behandelt“; allein einmal iſt dies nicht wahr, und ſodann waltet ein gewiſſer Parallelismus jener mit dieſer Klage nur bezüglich der impensae necessariae auf das Reſtitutionsobject ob, die in jener Stelle gar nicht in Frage ſtehen.

960) Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 36. § 5) und Sabin. daſ. Vgl. A. 1661.

Im Übrigen aber ergeben die bis zur Lit. Cont. gemachten impensae auf die res ſelbſt gegenüber der rei vindicatio ein in der Form der exc. doli geltend zu machendes Retentionsrecht für den possessor (mit Ausnahme des fur) wegen der impensae necessariae und für den bon. fid. possessor auch wegen der impensae utiles, obwohl letzteren Falles nicht unbedingt, ſondern lediglich nach Lage der Sache d. h. moderirt durch arbiträre richterliche Cognition:

Proc. bei Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 27. § 5), Cels. 3 Dig. (D. VI, 1, 38), Jul. 8 Dig. bei Ulp. 17 ad Ed. (D. VI, 1, 37), 39 Dig. (D. XII, 6, 33), Pap. 2. 11 Resp. (D. VI, 1, 48. 65. pr. XX, 6, 1. pr.), Gai. II, 76—78. 2 Aur. (D. XLI, 1, 7. § 12. fr. 9 pr. — § 2), Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 9), Paul. 21 ad. Ed. cit. 5 Quaest. (D. XIX, 1, 45. § 1), 3 Resp. (D. XLIV, 4, 14), 3 ad Plaut. (D. X, 3, 14. § 1), Marc. 3 Reg. (D. XLIV. 4, 10), Sev. Alex. im C. Just. VIII, 52, 1, Gord. daſ. III, 32, 5. J. Just. II, 1. 30.; [961])

während wiederum gegenüber der her. pet. ſolches Retentionsrecht gleichfalls dem possessor wegen impensae necessariae und überdem dem bon. fid. possessor wegen der impensae utiles und voluptuariae, dem mal. fid. possessor aber wegen der impensae utiles inſoweit zuſteht, als die Melioration ſelbſt noch vorhanden iſt, [962]) andererſeits aber hier ſolches Retentionsrecht ipso iure zur Geltung kommt, ausgenommen wegen impensae voluptuariae, wo ebenfalls exc. doli erforderlich iſt:

---

961) Vgl. Sell, Verſ. I, 1. § 29. Jahrb. III, 272 fg. Auf die impensae werden wiederum in Gegenrechnung gebracht die vom bon. fid. vor der Lit. Cont. conſumirten fructus: Pap. cit. vgl. § 74 a. E. Dagegen geht die Vindication ſelbſt wider den bon. fid. possessor nicht deducto pretio rei vindicatae soluto: Schilling, Inſt. § 175 cc. dd. — Wegen der a. hypothecaria ſ. Paul. 5 Resp (D. XX, 1, 29. § 2). Im Uebrigen vgl. A. 962.

962) Auch hier greift gegenüber dem mal. fid. possessor der in A. 940 hervorgehobene Geſichtspunkt der negotiorum gestio Platz, daher mit dem Rechte der Gegenrechnung des Aufwandes eine Verpflichtung zu deſſen Beſtreitung unter Androhung der Nachtheile der verſchuldeten Deterioration Hand in Hand geht: Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. § 3).

Gai. 6 ad. Ed. prov. (D. V, 3, 39), Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. § 3. fr. 37), Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 38).

Endlich ebenfalls Retentionsrecht, aber durch exc. doli geltend zu machen, ſteht zu wegen ſonſtiger connexer, ſomit auf idem corpus bezüglicher (A. 931) Gegenforderungen und zwar ebenſo bei rei vind., als bei her. pet., daher hier insbeſondere wegen berichtigter Nachlaßverbindlichkeiten,[963]) woneben endlich bei her. pet. gleiches Rententionsrecht auch wegen Gegenforderungen wider den Erblaſſer dem bon. fid. possessor zugeſprochen wird von Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. § 1. 2), Paul. 3 Resp. (D. V, 2, 21. § 2).

Demnach aber entſchied der Richter über alle die obigen Gegenforderungen bereits in der pronuntiatio und zwar suo officio bezüglich der ipso iure zur Geltung kommenden, auf Grund der formula aber bezüglich der ope exceptionis wirkſamen, beidemal aber in der Form, daß der Reſtitutionsbefehl an den possessor auf die Bedingung der gleichzeitigen Zahlung der Gegenforderung Seitens der Reſtitutionsberechtigten geſtellt ward.[964])

Dahingegen inſoweit das Reſtitutionsobject durch Verſchuldung des Reſtitutionspflichtigen deteriorirt worden iſt, wendet die Reſtitution die iudicatio nicht ab: es erfolgt wegen des durch die Deterioration verurſachten Schadens litis aestimatio und condemnatio, wobei eventuell dem Berechtigten ſtipulationsweiſer Verzicht auf die concurrirende a. ex delicto auferlegt wird:

---

963) Bezüglich der rei vindicatio: Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 23. § 4); Ulp. 7 ad Ed. (D. IX, 4, 11): bona fide servi possessor eius nomine furti actione tenebitur; — sed noxae dedendo non facit quidem actoris; quum autem coeperit istum servum dominus vindicare, doli exceptione summovebitur vel officio iudicis consequitur, ut indemnis maneat, wo die Zulaſſung der defensio ipso iure ſicher erſt von Ulp. ausgeht; vgl. Beil. XXI A. 35. — Bezüglich der her. pet.: Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. pr.) und Jul. daſ.; Pap. 6 Quaest. (D. V, 3, 50. § 1) vgl. Voigt, Cond. ob caus. 657 fg. Dagegen gehört nicht hierher Scaev. 3 Dig. in A. 959.

964) Jul. 39 Dig. (D. XII, 6, 33), Pap. 2 Resp. (D. VI, 1, 48. 65 pr.); vgl. Großkopff, Retentionsrecht 18 fg. Dagegen iſt irrig deſſen Annahme S. 24 fg., daß dem Gegenanſpruche gar nicht ein Forderungsrecht, ſondern lediglich ein factiſches Verhältniß inliege: die Thatſache, daß das proceſſualiſche Rechtsmittel zur Geltendmachung eines Forderungsrechtes an äußerſt beſchränkende Vorausſetzungen geknüpft iſt, hebt die Exiſtenz des Erſteren nicht auf, findet ſich vielmehr auch in anderen Beziehungen vor.

Lab. bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 13), Ulp. cit. Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 14). — Jul. 6 Dig. (D. V, 3, 54. § 2), Pomp. bei Paul. 20 ad Ed. (D. V. 3, 36. § 2); Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. § 3),[964a])

2. Eine ganz ſinguläre Ordnung greift jedoch bei der her. pet. inſoweit Platz, als eine gewiſſe Geldſumme, welche in dem Betrage einer Bereicherung des Beklagten gegeben iſt, an Stelle des urſprünglichen Reſtitutionsobjectes, gleich als deſſen Stellvertreter eintritt, ſo daß nun die Reſtitution von ſolcher Geldſumme die wegen Nichtreſtitution der res ſelbſt drohende litis aestimatio und bezügliche condemnatio mit ihren Nachtheilen abwendet. Dies aber findet ſtatt in vier Fällen:

a. dafern der Erbſchaftsbeſitzer Nachlaßobjecte vor Beginn des Prozeſſes veräußert hat, ſo greift das Axiom Platz: pretium succedit in locum rei:[965]) an Stelle der veräußerten res hereditaria iſt das dafür vereinnahmte pretium zu reſtituiren.

Dieſe Ordnung galt bereits vor dem S. C. Iuventianum bezüglich des bis zur Lit. Cont. Veräußerten und zwar nicht blos rückſichtlich der veräußerten res hereditaria, ſondern auch rückſichtlich der hereditas vendita ſelbſt, obwohl unter der erſchwerenden Ausſchließung des Falles, daß der Verkauf der res hereditaria durch das öconomiſche Intereſſe der hereditas ſich verbot und nicht etwa durch anderweite Rückſichten ſachlich ſich rechtfertigte, indem ſolchen Falls der Veräußerer für die res ſelbſt[966])

964a) Wegen der a. confessoria und negatoria ſ. Pomp. 5 ad Sab. (D. VII, 6, 2), Phil. im C. Just. III, 34, 5.

965) Dies Axiom ſpricht aus die Orat. Hadriani de S. C. Juvent. in Dig. V, 3, 22. und 40. pr. Bezüglich der rei vind. dagegen griff hier, ausgenommen den Fall oben unter 3, die normale Rechtsordnung Platz: das veräußerte Object iſt durch Vindication wider deſſen Beſitzer zu verfolgen, ſubſidiär aber greift pretii cond. sine causa wider den Veräußerer Platz: Jul. bei Afric. 2 Quaest. (D. XII, 1, 23), Sev. Alex. im C. Just. IV, 51, 1. vgl. Voigt, Cond. ob caus. 748. — Dagegen wird die rei vindicatio nach ius speciale in einigen Fällen nach dem Grundſatze: res succedit in locum pretii zugeſprochen: A. 1578a.

966) Dieſe Haftung für die res hereditaria faßt Francke, a. O. 242. 254. u. ö. als Haftung wegen ficta possessio auf, ein Irrthum, wie er gar

verhaftet blieb,[967]) während wiederum im Falle der Reſtitution des pretium usurae legales von demſelben zu präſtiren waren:

---

nicht verwirrender ſein kann. Denn nach dem S. C. Juvent. greift die ſog. fictio possessionis dann Platz, wenn einestheils die Verlaſſenſchaft im großen Ganzen: „bona," wie das S. C. ſagt, und wenn anderntheils die Verlaſſenſchaft in irgend welcher Modalität entäußert worden iſt; dagegen das pretium succedere oder non succedere in locum rei greift dann Platz, wenn einestheils Nachlaßobjecte: „res ex hereditate venditae," wie das S. C. ſagt, oder hereditaria res vendita, wie die Orat. Hadr. in A. 965 ſagt, und wenn anderntheils dieſelben verkauft, ſomit gegen Entgelt veräußert worden ſind. Und wenn dieſer letztere Thatbeſtand im S. C. auch ausgedrückt wird durch „hereditatem distrahere," ſo ergeben doch die unmittelbar folgenden Worte: „pretium rerum venditarum" unzweideutigſt, daß hier hereditas ſynonym nicht mit „bona," als vielmehr mit „res ex hereditate" gebraucht iſt. Und dann wiederum iſt die Stellung des mal. und des bon. fid. possessor bei beiden Verhältniſſen eine durchaus andere: denn nach dem S. C. iſt gegenüber der ficta possessio die Haftung des mal. und des bon. fid. possessor eine total verſchiedene: Jener haftet für res, ſomit als possessor, dieſer haftet nur für die Bereicherung, ſomit nicht für res; dagegen bezüglich des pretium succedere in locum rei iſt die Stellung des mal. und des fid. possessor die gleiche und nur auf Grund des S. C. inſofern verſchiedene, als der bon. fid. von der bisher dem possessor obliegenden Zinszahlungs-Pflicht entbunden wird, nicht aber der mal. fid. poss. Uebereinſtimmend damit handeln nun alle die obcitirten Stellen vor Ulp. beim pretium succedere in locum rei vom possessor ſchlechthin, während Francke 253 fg. den Irrthum ausſpricht, die Vorſchrift des S. C.: a quibus hereditas petita fuisset, — pretia — restituere debere beziehe ſich auf den bon. fid. possessor allein ſtatt auf den possessor ſchlechthin. Ueberdem vgl. noch A. 967.

967) Hiermit war wiederum der Vortheil verbunden, daß ſolchenfalls der Verpflichtete durch den caſuellen Untergang der res befreit wurde (woraus zugleich erhellt, daß hierbei von einer Haftung als fictus possessor gar nicht die Rede ſein kann): Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 33. § 1); allein: non passurum iudicem, qui cognoscit, fügt Jul. bei, possessorem pretium non lucrari d. h. er haftet dann wenigſtens bis zum Maaße der Bereicherung aus dem pretium. — Nur eine Anwendung des Principes pretium succedit in locum rei bietet der Satz, daß bezüglich der eincaſſirten Nachlaßforderungen die nummi an Stelle des nomen treten: Cass. und Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. § 5), Ulp. cit. (D. V, 3, 16. § 1. fr. 23. § 13), und anderntheils wiederum bezüglich des ausgeliehenen Capitales das nomen an Stelle der nummi tritt, ein Satz, den noch nicht anerkennt Lab. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 18. pr.), wohl aber Octaven. daſ., wie Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 30), während Jul. nach

Lab. und Octaven bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 18. pr.), Proc. bei Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 36. pr.), Javol. 3 ex Cass. (D. V, 3, 48), Jul. 6 Dig.[968]) bei Gai 6 ad Ed. prov. (D. V, 3, 35), bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 16. § 2. 5. 7. fr. 20. § 2. fr. 33. § 1), bei Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 34. § 1. fr. 36. pr.).

Dann aber ward auch von dem S. C. Iuventianum ſolche Ordnung adoptirt, obwohl mit der dreifachen Modification, daß dieſelbe Platz griff lediglich bezüglich der bis zur in ius vocatio veräußerten res hereditaria allein, ſodann dieſelbe nicht ausgeſchloſſen war bei Veräußerungen, welche gegen das öconomiſche Intereſſe der hereditas verſtießen, und endlich der bon. fid. possessor von der Verbindlichkeit zur Leiſtung von usurae legales des pretium befreit wurde:

S. C. Juvent. in Dig. V, 3, 20. § 6. 17: cum, antequam — peterentur, hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas.[969])

Item placere: a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, et si eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere.[970])

Paul. cit. dem Kläger die Wahl giebt, ob er die nummi ohne Zinſen von dem Beklagten beanſpruchen, oder aber das nomen ſammt Zinsforderung wider den debitor auf ſeine eigene Gefahr übernehmen wolle, endlich Ulp. gemäß dem S. C. bezüglich des mal. fid. poss. dem Lab., bezüglich des bon. fid. poss. dem Octaven. beitritt. — Dagegen gilt nicht umgekehrt der Satz: res succedit in locum pretii, obwohl auch hier wiederum mit Ausnahme des Falles, daß der Ankauf einer res aus Nachlaßgeldern durch das Intereſſe der hereditas erfordert war: Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 1), Ulp. cit. (D. cit. pr.).

968) Julian ſchrieb 6 und 7 Dig. vor dem S. C. Juvent.: Fitting, Alter der Schriften 4.

969) Vgl. Pap. 2 Resp. (D. V, 3, 50. § 1), Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 12), Sev. et Car. im C. Just. VI, 35, 1.

970) Vgl. Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 16. § 1), Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 22), Sev. et Car. im C. Just. VI, 35, 1. Eine Wiederholung dieſer Vorſchrift bietet das rescript. Anton. Pii Claudio Frontino de pretiis rer.

Petitam autem — hereditatem ex eo tempore existimandam esse, quo primum scierit quisque eam a se peti id est cum primum aut denuntiatum esset ei aut litteris vel edicto evocatus esset. [971])

Eine Modification des erſten dieſer drei Abſchnitte bewirkte jedoch

M. Anton. Phil. im C. Just. III, 31, 1. § 1: usuras — pecuniarum ante litis contestationem ex die venditionis hereditariarum rerum ab eo factae, qui antea possidebat, collectas — — bonae fidei possesores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores exstiterint,

worin ſomit die Nichthaftung des bon. fid. possessor für Zinſen auch auf das aus Veräußerung zwiſchen in ius vocatio und Lit. Cont. erzielte pretium erſtreckt, andererſeits aber wiederum inſoweit beſchränkt iſt, als der bon. fid. possessor durch ſelbſt vereinnahmte Zinſen vom pretium bereichert worden iſt.

Sodann dem zweiten jener drei Abſchnitte ward von der ſpätern röm. Rechtswiſſenſchaft vollſtändig derogirt: in Bezug auf den bon. fid. possessor und venditor ward der Haftung auf das pretium oder quod pervenit die Haftung auf das quanto locupletior factus est ſubſtituirt (vgl. A. 923); in Bezug auf den mal. fid. possessor und venditor dagegen ward jener Haftung ſubſtituirt theils die Haftung auf die res ipsa, das iſt das quanti interest, dafern die res vendita weder untergegangen, noch deteriorirt iſt, theils die Haftung auf das verum pretium das iſt das quanti res est (A. 765), dafern die res vendita untergegangen oder deteriorirt iſt:

Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 21. fr. 23. fr. 25. pr. § 1), Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 30).

Endlich ein Reſcript des Anton. Pius und zwar wohl das

---

hereditar. in Dig. IV, 2, 18: ob id ipsum peti ab eo hereditatem posse, quia, licet res, quae in hereditate fuerant, apud eum non sint, tamen pretium earum, quo locupletem eum vel saepius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent.

971) Die litis denunciatio vertritt hier in Bezug auf den fiscaliſchen Prozeß die in ius vocatio des italiſchen Prozeſſes zwiſchen Privaten; vgl. Sev. et Car. im C. Just. III, 31, 2.

rescr. Claudio Frontino de pretiis rer. hereditariar. (A. 970) in Dig. V, 3, 5. pr. beſagte:

> Prohibendum possessorem hereditatis, de qua controversia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere, nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis vel rerum eius restitutione satisdare,

und ermächtigte damit den klägeriſchen Erbſchaftsprätendenten, ſelbſt noch vor der in ius vocatio von dem Nachlaßbeſitzer, ſobald derſelbe mit Veräußerung von Nachlaßobjecten begann, eine anticipirte satisdatio iudicatum solvi zu fordern.[972])

Im Uebrigen traten zu dem pretium usurae legales von der Lit. Cont. ub als omnis causa hinzu:

> Anton. Phil. im C. Just. III, 31, 1. § 1. Sev. et Car. daſ. VI, 35, 1. Pap. 2. 15 Resp. (D. V, 3, 51. § 1. XXXIV, 9, 18. pr.), vgl. Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 12).

b. Dafern der Nachlaßbeſitzer nach der Lit. Cont. vom Prätor die Ermächtigung zur Veräußerung von Nachlaßobjecten ausgewirkt hat, haftet derſelbe zweifelsohne auf Reſtitution nicht der res, als vielmehr lediglich des erlangten pretium, ſomit der Bereicherung:

> Ulp. 14 ad Ed. (D. V, 3, 5. pr.): causa — cognita, — si — data sit — solita (i. e. iudicatum solvi) cautio, etiam post litem coeptam deminutionem se concessurum praetor edixit.[973])

c. Dafern der bon. fid. possessor vor der Lit. Cont. vorſätzlich den Beſitz der hereditas wieder aufgegeben, hat derſelbe nach

---

972) Vgl. Scaev. 27 Dig. (D. XLIV, 4, 17. § 2). Dieſe Caution iſt dann parallel der de novo opere restituendo. Anders Francke, a. O. 25 fg.

973) Ueber dieſe Stelle vgl. Wetzell, a. O. 28. 237, der jedoch dieſelbe irrig als Beſtandtheil des vorhergehenden Reſcriptes von Anton. Pius ſtatt als Sentenz Ulpians auffaßt. Ganz verfehlt iſt die Aufſtellung von Francke, a. O. 21, das causa autem cognita ſei Schlußſatz jenes Reſcriptes; denn dies widerſtreitet unbedingt dem lateiniſchen Styl. — Dafern der Pflichtige ohne Decret des Prätor nach der Lit. Cont. veräußerte, haftet er ſelbſt bei nützlicher oder nothwendiger Veräußerung für die res, nicht bloß für das pretium; man gab jedoch dem Berechtigten ein Wahlrecht zwiſchen Beiden: Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 12. 16), vgl. Paul. 10 ad Sab. (D. V, 3, 53), was ſich, rückſichtlich der Forderung des pretium, aus dem in A. 940 dargelegten Geſichtspunkte der neg. gestio ableitet.

dem S. C. den Betrag der dadurch ihm gewordenen Bereicherung zu restituiren:

S. C. Juvent. in Dig. V, 3, 20. § 6: si ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, — — eos —, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat (sc. condemnandos esse), quo locupletiores ex ea re facti essent; vgl. Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3. 25. § 11—17).

d. Dafern der bon. fid. possessor durch den Eigenthumserwerb an den vor der Lit. Cont. separirten Früchten bereichert worden ist, hat derselbe den Betrag solcher Bereicherung zu restituiren:

Anton. Phil. im C. Just. III, 31, 1. § 1. Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 40. § 1).

3. Solche singuläre Ordnung ward auch auf die rei vindicatio insoweit übertragen, als der possessor in dem Falle einer nach der Lit. Cont. vorgenommenen nothwendigen oder nützlichen Veräußerung von res oder fructus lediglich auf Restitution des erzielten pretium, somit der Bereicherung, nicht aber der res selbst verhaftet war:

Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 15. § 1).

§ 84.

Fortsetzung.
(Die formula petitoria als Organ der aequitas.)

D. Dafern der Prozeßbesitzer seiner Restitutionsverbindlichkeit binnen gesetzter Frist nicht nachkommt, so wird das zweite Urtheil: die indicatio ertheilt, welche je nach Beschaffenheit der Sachlage ebenso absolutorisch, wie condemnatorisch lauten kann. Und zwar

I. dafern vor Ablauf der Restitutionsfrist die Restitution ohne Verschuldung des Pflichtigen objectiv unmöglich geworden ist, so namentlich in Folge des casuellen Unterganges des Objectes, so erfolgt

1. bei rei vindicatio Absolution des Beklagten;[974]) und zwar

974) Zur Wahrung eines etwaigen Regreßanspruches des Restitutionspflichtigen wider einen Dritten wegen Eviction genügt die pronuntiatio de

dafern der Reſtitutionspflichtige cautio de re restituenda geleiſtet hatte, auf Grund der Conception ſolcher Stipulation: auf rem, si in rerum natura erit, restitui (A. 956), andernfalls dagegen ipso iure:[975])

Jul. 43 Dig. bei Ulp. 29 ad Sab. (D. XXI, 2, 21. § 3); Pap. 6 Quaest. (D. VI, 1, 62. pr.): periculum navis (sc. vectura susceptum) possessor petitori praestare non debet; Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 15. § 3); Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 16. 21. 27. § 1. 2), 3 Epit. Alf. Dig. (D. VI, 1, 58); vgl. Paul. 74 ad Ed. (D. XLVI, 7, 11), 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. pr.).

Dieſer Regel werden indeß von Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 15, § 2. 3) die beiden Modificationen beigefügt, daß der Reſtitutionspflichtige dann zu condemniren iſt, wenn einestheils im Falle der Reſtitution das Object bei dem Reſtitutionsberechtigten von dem Untergange nicht betroffen ſein würde (vgl. A. 1758), welchen Falls derſelbe auf das quanti res est zu condemniren iſt, oder wenn anderntheils beim Unmöglichwerden der Leiſtung der Pflichtige einen Gewinn machte, welchenfalls derſelbe auf den Betrag der diesfallſigen Bereicherung zu condemniren iſt.

2. Bei der her. petitio galt anfänglich gleiche Ordnung der Nichthaftung des possessor für das periculum, wie insbeſondere bekundet

Gai. 6 ad Ed. prov. (D. V, 3, 41. pr.): si pauciores (sc. res) postea possidebit (sc. possessor hereditatis), quam initio (i. e. quo tempore conveniebatur) possidebat, si

---

restituendo: Paul. 21. 74 ad Sab. (D. VI, 1, 16. pr. XLVI, 7, 11), woraus zugleich erhellt, daß die caſuelle Unmöglichkeit der Reſtitution nicht die pronuntiatio de restituendo, ſondern nur die condemnatio bei der iudicatio abwendete, ein in rechtshiſtoriſcher Beziehung ſehr bedeutungsvoller Satz. — Die lediglich interimiſtiſche caſuelle Unmöglichkeit der Reſtitution führt zur absolutio mit cautio de re praestanda (ſ. § 82 unter II 2), ſo als cautio de servo persequendo: Jul. cit., Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 21).

975) Vgl. A. 1579. 1585. § 139. Nach Wetzell, Vind. Pr. 174 fg., Keller, Pand. § 150 A. 11 haftet der mal. fid. possessor von der Lit. Cont. ab für casus. Dieſer Satz iſt durchaus unwahr bezüglich der rei vindic.; die entgegenſtehende proculianiſche Lehrmeinung hat vielmehr nur rechtshiſtoriſche Bedeutung: A. 1579.

modo id sine dolo eius acciderit, absolvi debet quod ad eas res, quas desiit possidere.

Allein Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 40. pr.) darauf hinweisend, daß nach Maaßgabe der Orat. Hadriani in Dig. V, 3, 40 pr.: post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas (A. 965) streng genommen jeder possessor das periculum für die Zeit nach der in ius vocatio zu tragen habe, stellte dagegen den Satz auf, daß zwar nicht der bon. fid., doch aber der mal. fid. possessor auch im Falle des casus wegen unterlassener Restitution zu condemniren sei.

II. In dem Falle der verschuldeten Nichtrestitution binnen der gesetzten Frist: des per possessorem stare, quominus restituat, tritt dagegen die Condemnation ein, welche aus einem zwiefältigen Stücke besteht: aus der litis aestimatio des Streitobjectes sammt der bis zum Judicate erwachsenen, der Restitution unterliegenden omnis causa,[976]) sowie aus der Verurtheilung zu deren Zahlung.[977])

Insbesondere dafern der Restitutionspflichtige cautio de re restituenda geleistet und innerhalb der gesetzten Frist nicht restituirt hat, so ist er in Mora und haftet nach den Rechtssätzen über solche:

Ulp. 78 ad Ed. (D. XLV, 1, 82. §. 1), 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. §. 1); vgl. A. 1407.

---

976) Vgl. § 83 unter C. Wegen der omnis causa vgl. namentlich Trebat. Jul. und Pomp. bei Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 33) und bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 17. § 1), Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 16), sowie wegen confessoria und negatoria A. 959.

977) Wetzell, a. O. 199 fg. negirt für die nachfolgenden Rechtssätze die legislative Basis, dieselben auf die doli clausula der stip. iudic. solvi stützend. Allein dies widerspricht ebenso den Quellen, wie dem Inhalte solcher Stipulation: denn die doli clausula verpflichtet den promissor, theils nach dem Judicate der Arglist sich zu enthalten hinsichtlich der Zahlung der litis aestimatio, sowie der fructus maiores, theils bis zum Judicate der Arglist sich zu enthalten hinsichtlich der defensio rei; dagegen die Verpflichtung bis zum Judicate des Dolus und der Culpa sich zu enthalten hinsichtlich der Restitution der res, ist jener Stipulation ganz fremd: § 82 unter B 2; vgl. auch Schirmer, Judizialstip. 149 fg.

Dafern dagegen keine ſolche cautio geleiſtet iſt, greifen bezüglich der frustratio restituendi inſoweit die Rechtsſätze der mora solvendi Platz, als nunmehr auf den Reſtitutionspflichtigen die Haftung für caſuelle Vernichtung oder Deterioration von res principalis, wie omnis causa übergeht:

Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1), wozu vgl. A. 1177.

Im Uebrigen aber greift eine verſchiedene Ordnung Platz, je nachdem die Verſchuldung des Pflichtigen in Culpa oder in Dolus beſteht. Und zwar

a. Dafern der Pflichtige durch Culpa die Unmöglichkeit der Reſtitution herbeigeführt hat, beſchieht die litis aestimatio ohne Weiteres durch den Richter, der nun das Reſtitutionsobject nach dem Maaßſtabe der utilitas des Berechtigten würdert (bei A. 898) und auf dieſe Schätzungsſumme den Pflichtigen verurtheilt, jedoch unter der Bedingung, daß gegen Zahlung der Litis Aeſtimation demſelben von dem Berechtigten ebenſo die dem Letzteren bezüglich des Objectes etwa zuſtändigen Klagen cedirt werden (vgl. A. 832), wie auch in dem Falle, daß das Reſtitutionsobject abhanden gekommen iſt, Caution geleiſtet werde: per se non fieri, possessionem eius rei, non traditum iri:

Jul. 43 Dig. bei Ulp. 29 ad Sab. (D. XXI, 2, 21. §. 3), Gai. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 1, 36. § 1), Pap. 12 Quaest. (D. VI, 1, 63), Ulp. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. § 2), 51 ad Ed. (D. VI, 1, 68), Paul. 17 ad Plaut. (D. VI, 1, 21. 47. XLV, 1, 91. pr.). — Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 2), Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 19. § 2. fr. 36. §2); vgl. 75 ad Ed. (D. XXXV, 3, 4. § 2);

b. Dafern dagegen der Pflichtige dolos die Unmöglichkeit der Reſtitution herbeigeführt oder binnen geſetzlicher Friſt dolos die mögliche Reſtitution verweigert hat, ſo beſchieht, mit Ausnahme jedoch der Fälle in § 83 unter C 2 a—c. 3, dagegen mit Einſchluß der Fälle in § 83 unter A 1. 3 die litis aestimatio durch den Reſtitutionsberechtigten unter iusiurandum in litem, worauf dann der Richter den Verpflichteten in die Summe ſolcher litis aestimatio condemnirt.[978]) Der Maaßſtab der Aeſtimation

978) Dafern der Reſtitutionspflichtige ſolchenfalls einen Gewinn machte, hat der Kläger die Wahl, anſtatt der Litisäſtimation die Ausant-

iſt auch hier die utilitas des Berechtigten, daher ebenſo beim iusiurandum in litem, wie demgemäß auch beim Judicat (A. 898).

Der Empfang der litis aestimatio verpflichtet jedoch nicht zur Leiſtung der stipulatio simplae vel duplae an den Zahlenden:[979]

Pomp. 16 ad Ed. (D. XXV, 2, 10), Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 35 § 2),

während die Zahlung der litis aestimatio zwar nicht meum esse ex iure Quir. an der betreffenden res, wohl aber ebenſo Uſucapionsbeſitz, wie publicianiſches ius in re, ſomit je nach Lage der Sache in bonis esse oder bon. fid. possessio überträgt.[980] Nur dann, wenn zugleich der Thatbeſtand des dolo malo desiisse possidere vorliegt, erwirbt weder der die litis aestimatio Zahlende jenes ius in re an dem Streitobjecte, noch hat ihm der Gegner die bezüglichen Klagen zu cediren.[981]

c. Durch das condemnatoriſche Judicat wird ein zwiefältiges Rechtsverhältniß begründet: einestheils ganz unmittelbar die Verbindlichkeit zur Zahlung der litis aestimatio, geſichert durch die a. iudicati, und anderntheils mittelbar d. h. gleich als Eintritt der Suspenſivbedingung die durch die stipulatio iudicatum solvi übernommene contractliche Verbindlichkeit zur Zahlung der litis aestimatio, ſowie zur Leiſtung der fructus maiores d. i. aller ſeit Abſchluß der stipulatio erworbenen omnis causa (A. 1156), die ſomit, weil deren Werth bereits in der litis aestimatio mit enthalten iſt, als Duplum zu präſtiren iſt, Alles dies geſichert durch die

---

wortung ſolchen Gewinnes zu fordern: Jul. 6 Dig. und Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 17. pr. § 1), wozu vgl. Mommſen, Erörterungen I, 112 fg. 98 fg. Vgl. auch A. 1750.

979) Denn die Zahlung der litis aestim. iſt nicht emtio venditio: Varr. L. L. V, 36, 177. Jul. 19 Dig. (D. XXV, 2, 22. pr.), Ulp. 16. 75 ad Ed. (D. VI, 2, 7. § 1. XLI, 4, 3), wogegen nicht ſtreng techniſch ſich ausdrückt Ulp. 29 ad Sab. (D. XXI, 2, 21. § 2); vgl. Beil. XXI. A. 90.

980) Voigt, Cond. ob caus. A. 373. — Thl. IV, 2. S. 492. vgl. Paul. 10 ad Sab. (D. VI, 1, 46).

981) Pomp. 29 ad Sab. (D. VI, 1, 70), vgl. Pap. 28 Quaest. (D. XLVI, 3, 95. § 9), Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 13. § 14). — Paul. 13 ad Sab. (D. VI, 1, 69). — Dieſer Beſchränkung gegenüber wird von Wichtigkeit, daß bei den a. arbitrariae wider den Detentor die Rechtsordnung des dolo malo desinere possidere gar nicht Platz greift: A. 938; ſo löſen ſich die Schwierigkeiten, welche Wetzell, a. O. 224 fg. erblickt.

a. ex stipulatu. Dieſe Rechtsordnung aber bezüglich der fructus im Beſonderen wird bekundet bezüglich der hered. petitio durch

Paul. sent. rec. I, 13[b], 8: possessor hereditatis, qui ex ea fructus capere vel possidere neglexit, duplam eorum aestimationem praestare cogitur;[982])

ſowie bezüglich der rei vindicatio durch

Paul. sent. rec. V, 9, 2: ex die accepti iudicii dupli fructus computantur; et tam dantes, quam accipientes, heredes quoque eorum, procuratorum cognitorumque personae itemque sponsorum eadem stipulatione (sc. iudicatum solvi) comprehenduntur;[983])

Valentin. et Val. im C. Th. IV, 18, 1: litigator victus, quem invasorem alienae rei praedonemve constabit, sed et qui post conventionem rei incubarit alienae non in sola rei redhibitione teneatur nec tantum simplorum fructuum praestationem aut eorum, quos ipse percepit, agnoscat, sed duplos fructus et eos, quos percipi oportuisse, non quos eum redegisse constabit, exsolvat. Et praedoni quidem ratio a die invasi loci usque ad exitum litis habeatur, ei vero, qui simpliciter tenet, ex eo, quo re in iudicium deducta scientiam malae

---

982) Schulting in h. l. bezieht dieſe Stelle auf die cautio ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat bei Paul. l. c. V, 9, 1., welche derjenige zu beſtellen hat, der, unter einer Suſpenſivbedingung zum Erben eingeſetzt, die B. P. sec. tab. auswirkt und wodurch die Reſtitution der hereditas für den Fall der Deficienz der Bedingung zu Gunſten des substitutus ſichergeſtellt ward, indem der bon. possessor zur Naturalreſtitution der hereditas, eventuell zu deren einfachem Erſatz, ſowie zur Präſtation von dupli fructus ſich verpflichtete: vgl. Schulting l. c., Wetzell, a. O. § 5, Bering, röm. Erbr. 332. Rudorff, Edict. § 299. Allein ſolcher Verbindung widerſpricht Paul. auf das Entſchiedenſte; namentlich iſt die Haftung für die fructus eine ganz verſchiedene: bei der stipul. iudic. solvi iſt ſie principal, bei der anderen Caution iſt ſie Conventionalſtrafe, ſomit nur ſubſidiär.

983) Huſchke, Jurispr. Antei. in h. l. bezieht dies auf die stipulatio pro praede litis vindiciarum; dies iſt unſtatthaft, weil dieſe nicht bloß auf dupli fructus, ſondern auch auf dupla res obligirt: A. 873.

possessionis accepit. Heredis quoque succedentis in vitium par habenda fortuna est;[984])

Ambros. Epist. 29: illum — acturum de duplis fructibus et de sumptibus annosae litis;

Grat. Valent. et Th. im C. Th. IV, 19, 1. pr.: malae fidei possessores in fructus duplos conveniuntur;

vgl. lex Rom. Burg. 8. 33.

Dann ferner Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 6. § 7): Marius Paulus quidem fideiusserat pro Daphnide; — — a Claudio Saturnino praetore maiores fructus inferre iusus erat; — — videbatur — iudicatum solvi fideiussisse;

Tryph. 8 Disp. (D. XX, 5, 12. § 1): si maiores fructus forte petens a possessore — abstulit;

vgl. Ulp. 10 ad Ed. (D. III, 5, 8. § 1): si ampliores, quam oportuit, fructus fuero consecutus; 24 ad Ed. (D. X, 4, 9. §. 6): intentionem (i. e. rei vindicationis) suscipere ita, ut fructus secundum legem aestimentur.

Hiernach allenthalben hat daher der Berechtigte die Wahl, ob er die litis aestimatio mit a. iudicati und die fructus maiores mit a ex stipulatu oder Beides zusammen mit a ex stipulatu vom Beklagten[985]) und resp. Bürgen einklagen will:

---

984) Wetzell, a. O. 33. 80. 259. und danach Keller, Civ. Pr. A. 660 nehmen an, daß Valent. et Val. bei der formula petitoria die dupli fructus neu eingeführt haben, die übrigen Stellen Früherer dagegen auf die leg. a. sacramento oder das agere per sponsionem sich bezogen haben; allein das Letztere ist nicht möglich wegen des in A. 983 hervorgehobenen Momentes. Dagegen Valent. et Val. führen die Neuerung ein, daß die stip. iudic. solvi bezüglich der Verpflichtung auf dupli fructus für den mal. fid. poss. retroactive Kraft erhält, indem sie dessen Verpflichtung vom dies invasi loci, nicht aber erst vom Tage des Stipulationsabschlusses ab beginnen läßt; und bei dieser Gelegenheit nun wird das im Uebrigen von Alters her gültige Recht zugleich mit bestätigt, wie dies ja in so zahllosen Fällen kaiserlicher Constitutionen beschieht; vgl. auch Bachofen, Pfandrecht I, 214 A. 6. — Justinians cautio de re defendenda concipirt sich nicht auf dupli fructus: Inst. IV, 11, 2., daher dieselben von da ab in Wegfall kommen.

985) Der Beklagte hat somit die Wahl, ob er die fructus jetzt noch als maiores in natura leisten oder es auf die Condemnation in deren id quod

Gai. IV, 89. Afric. 7 Quaest. (D. XLVI, 3, 38. § 2), Paul. sent. rec. V, 9, 3. J. Just. IV, 11. pr. Theoph. in h. l. vgl. Buchka, Einfl. des Proz. I, 234.

§ 85.

Fortsetzung.

(Die formula petitoria als Organ der aequitas.)

Aus § 83 und 84 ergiebt sich für die form. petit. eine Mehrheit von Functionen: es versieht dieselbe vor Allem die eigentliche Aufgabe der dinglichen Klage, sodann aber auch eventuell die Function einer persönlichen Klage. Und zwar, was zunächst

A. Die Function als dingliche Klage betrifft, so wird dieselbe von der petitio versehen in der clausula und pronuntiatio de restituendo und aufrecht erhalten bis zu Ablauf der Restitutionsfrist, daher sie bereits bei der iudicatio: der litis aestimatio und condemnatio ihre Endschaft erreicht hat. Denn es manifestirt sich solche Function in der Richtung der Klage auf Restitution des Streitobjectes, insoweit solches dem dinglichen Rechte des Klägers unterliegt, somit ebensowohl der res principalis, als auch der omnis causa, insoweit solche im Eigenthumsrechte des Klägers sich befindet (A. 753), daher was insbesondere die fructus betrifft, der non separati und der post. lit. cont. separati extantes, sowie dem mal. fid. possessor gegenüber auch der fructus ante lit. cont. separati extantes.[986]) Und solche Function der petitio ward in künstlicher Extension auch übertragen, theils auf den Thatbestand vom Civilproceßdelicte des facere, quo minus possideat Seitens des mal. fid. possessor[987]) welchem auch die vom mal. fid. possessor vor der Lit. Cont. beschehene Consumtion der Früchte

---

interest ankommen lassen will. In dem Hauptprocesse dagegen können nach der iudicatio die fructus nicht mehr in natura, sondern nur in deren litis aestimatio geleistet werden.

986) Denn bei bon. fid. possessio des Beklagten sind die fructus separati in dessen, nicht aber in des Klägers Eigenthume.

987) Beim facere, quominus possideat bezüglich der res principalis griff jedoch nicht directa, sondern utilis petitio Platz mit Fiction: Si ea res, qua de agitur, a. Num. Negidio possideatur, tum si paret etc.: Voigt. Cond. ob caus. A. 771.

gleichſteht, theils auf den Fall des negligere fructus ante lit. cont. Seitens des mal. fid. possessor (§ 83 unter A. 1. 3), theils auf die fructus post lit. cont. consumti, wie neglecti (§ 83 unter C 1).[988])

Dagegen die Function der petitio als perſönlicher Klage[989]) iſt wiederum eine zwiefältige, und zwar

B. einer Schädenklage, für welche drei verſchiedene Thatbeſtände als die zum Schadenerſatze verpflichtenden Vorgänge anerkannt ſind:

1. Die verſchuldete Vereitelung oder Beeinträchtigung der Reſtitution nach ihrem öconomiſchen Gehalte (§ 84 unter D II). Dieſe Function iſt proceſſualiſch die ſpätere: ſie beginnt mit Ablauf der Reſtitutionsfriſt und findet ihre prägnante Ausprägung in der iudicatio: der litis aestimatio und condemnatio; in ſachlicher Beziehung aber iſt ſie überwiegend eine ſubſidiäre: ſie greift nur inſoweit Platz, als der Verpflichtete den Functionen der petitio als dinglicher Klage ſelbſtverſchuldeter Maaßen nicht gerecht wird. Nur inſoweit als dieſe dingliche Function der Klage, wie obbemerkt, auf künſtlicher Extenſion beruht, iſt, wenn auch nicht proceßrechtlich, ſo doch civilrechtlich ſolche Function der petitio als Schädenklage eine principale. Dabei begründet ſolches ſchädigende Verhalten für den Schädiger die Verbindlichkeit zur Leiſtung des id quod interest (§ 80 unter II a), ohne daß an den

---

988) Bezüglich jenes zwiefältigen Thatbeſtandes der consumtio fructuum concurrirt ein doppelter Geſichtspunkt: des Civilproceßdelictes vom dolo malo facere, quominus possideat, welcher die petitio als Klage mit extendirter dinglicher Function qualificirt, und ſodann des furtum, welcher die petitio als Klage in Function der cond. furtiva qualificirt (unter C II): Paul. 16 Resp. (D. XXII, 1, 15): neque eorum fructuum, qui post litem contestatam officio iudicis restituendi sunt, usuras praestari oportere, neque eorum, qui prius percepti quasi malae fidei possessori condicuntur; vgl. Voigt, a. O. 765. Allein nach römiſcher Auffaſſung wird die letztere Function durch die erſtere in Wirklichkeit abſorbirt oder ausgeſchloſſen.

989) Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 18): petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes, quasdam personales, ut puta — pretiorum; Diocl. et Max. im C. Just. III, 31, 7: mixtae personalis actionis (sc. in her. petitione) ratio; vgl. A. 911. Keller, Civ. Pr. A. 753.

Unterſchied der Verſchuldung je als Dolus oder Culpa im Principe eine graduell verſchiedene Haftung geknüpft wäre.

2. Die doloſe Vereitelung der Reſtitution am legalen Leiſtungsorte, dafern der possessor das Streitobject nach der Lit. Cont. nach einem anderem Orte transportirt hat, als wo daſſelbe zu jenem Zeitpunkte ſich befand, für den possessor die Verbindlichkeit zum Rücktransporte nach jenem locus rei sitae auf eigene Koſten, eventuell zur Zahlung des id quod interest begründend:

Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1. 12): si — ab eo loco, ubi lis contestata est, eam subtractam alio loco transtulerit, illic restituere debet, unde subtraxit, sumtibus suis, vgl. Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 11), Paul. cit. (D. VI, 1, 10. 12), ſowie Wetzell, a. O. 162.

Auch dieſe Function der petitio prägt ſich aus in der iudicatio.

3. Die frustratio restituendi,[990]) welche eine mehrfache, theilweis ganz verſchiedene Rechtswirkung hat, nämlich

a. dann, wenn nach der Lit. Cont., aber vor Ablauf der Reſtitutionsfriſt die Reſtitution des Streitobjectes ohne Verſchuldung des possessor, ſomit durch Zufall unmöglich geworden iſt, ſo wird

aa. dafern bei rei vindicatio im Falle vorheriger Reſtitution ſolcher Zufall den Berechtigten nicht betroffen haben würde, der Fruſtrant zum Schadenerſatz nach dem Maaßſtabe des quanti res est verpflichtet (§ 84 unter D I 1);

bb. bei der her. pet. der mal. fid. possessor zum Schadenerſatze nach dem normalen Maaßſtabe des id quod interest verpflichtet (§ 84 unter D I 2);

b. dann, wenn nach Ablauf der Reſtitutionsfriſt die Reſtitution des Streitobjectes durch Zufall unmöglich geworden iſt, ſo

---

990) Frustratio bezeichnet das frivole Hinhalten des Mitintereſſenten bezüglich einer obliegenden Leiſtung: Mommſen, Beitr. III, 69. A. 21; und ſo nun theils die mora solvendi, wie accipiendi: Afric. 8 Quaest. (D. XVII. 1, 37), Pap. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 3. § 4), Ulp. 52 ad Ed. (D. XXXVI. 4, 5. § 20), I. Just. IV, 17, 3. Sev. und Carac. bei Marc. 7 Inst. (D. XXXV. 2, 80. § 1), vgl. Mommſen, a. O. 69. A. 20. 162. A. 2, theils die verſchuldete Verzögerung der dinglichen Reſtitution: I. Just. IV, 17, 2. Daneben wird die letztere auch durch mora bezeichnet: Jul. 6 Dig. bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 17. § 1), Ulp. l. c. (D. cit. 15. § 3), 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1).

wird der possessor zum Schadenersatze nach dem Maaßstabe des id quod interest verpflichtet[991]) (§ 84 unter D II);

c. dann, wenn der Restitutionspflichtige es auf die iudicatio ankommen läßt, und hier dessen condemnatio erfolgt, der Frustrant zur Restitution der fructus maiores d. i. der seit Abschluß der Stipulation, somit seit der Lit. Cont. producirten Früchte, eventuell zum Schadenersatze wegen derselben nach dem Maaßstabe des id quod interest verpflichtet wird (§ 84 unter E). Und zwar ist diese Verbindlichkeit einerseits eine nur bedingte: sie tritt nur dann ein, wenn ein iudicatum ergeht, ist aber andererseits wiederum unabhängig von der nach dem Judicate etwa noch beschehenden Restitution: sie tritt, abweichend von der bei leg. a. sacramento und agere per sponsionem geltenden Ordnung, auch dann ein, wenn nach der iudicatio die Restitution noch nachgeholt wird; sodann wiederum liegt dieser Verbindlichkeit eine retrotractive Kraft inne: durch die iudicatio wirksam gemacht, erstreckt sie ihre Wirkung rückwärts bis auf den Zeitpunkt der Lit. Cont.; und endlich ist die Grundlage solcher Verbindlichkeit unmittelbar eine contractliche: in der Stipulation gegeben, so daß der petitio in dieser Beziehung nur mittelbar die Function einer Schädenklage zukömmt, insofern nämlich, als die stipulatio iudicatum solvi Prozeßorgan der petitio ist (A. 874);

Dahingegen hat die form. pet. niemals, gleich der bon. fid. a., die Function einer Schädenklage wegen delictartigen Verhaltens des Beklagten, so als a. de dolo oder quod met. c. übernommen.

C. einer cond. sine causa, somit einer Bereicherungsklage,[992]) welche durch einen dreifachen Thatbestand begründet wird, nämlich

1. durch die Bereicherung, welche der mit der rei vindicatio Beklagte bei unverschuldeter Vereitelung der dinglichen Restitution durch einen hierbei gemachten Gewinn nach der Lit. Cont. erlangte: § 84 unter D I 1;[993])

---

991) Vgl. Wetzell, a. O. 174 fg.

992) Vgl. namentlich Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 17. § 1): lucrum ex eo homine, qui in lite esse coeperit, facere non debet (sc. reus).

993) Daher concurrirt cond. sine causa: Jul. bei Afr. 2 Quaest. (D. XII, 1, 23): si eum servum, qui tibi legatus sit (sc. per vindicationem), quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere; vgl. Voigt, Cond. ob caus. 748.

2. durch die Bereicherung, welche der Beklagte aus der Veräußerung des Streitobjectes erlangte,[994]) und zwar

a. dafern der Beklagte nach der Lit. Cont. dolos das Streitobject veräußerte, welchenfalls der Kläger electiv das diesfallsige pretium fordern kann: A. 978;

b. dafern bei der rei vind. der Beklagte nach der Lit. Cont. eine nothwendige oder nützliche Veräußerung des Streitobjectes vornahm, welchenfalls er auf Restitution des pretium allein verhaftet ist: § 83 unter C 3;

c. dafern bei der her. petit. der Beklagte nach der Lit. Cont. ex decreto praetoris Nachlaßobjecte veräußerte, welchenfalls er auf Restitution des pretium allein verhaftet ist: § 83 unter C 2 b;

d. dafern bei der her. petit. der Beklagte nach der Lit. Cont. eine nothwendige oder nützliche Veräußerung von Nachlaßobjecten ohne Decret des Prätors vornahm, welchenfalls der Kläger electiv das diesfallsige pretium fordern kann: A. 973;

e. während nach dem S. C. Iuvent. dann, wenn bei der her. petit. der possessor vor der in ius vocatio Nachlaßobjecte veräußerte, derselbe auf das erlangte pretium verhaftet ist, hat die spätere Jurisprudenz die Haftung für die Bereicherung auf den bon. fid. possessor beschränkt. So daher haftet der bon. fid. possessor, dafern er vor der in ius vocatio Nachlaßobjecte veräußerte, und ebenso dafern er vor der Lit. Cont. bei Gelegenheit der vorsätzlichen Entäußerung des Besitzers der hereditas: des facere quominus possideat einen Gewinn erlangte, zum Betrage des quanto locupletior factus est: § 83 unter C 2 a. c;

3. durch die Bereicherung, welche der bon. fid. possessor hereditatis aus dem Eigenthumserwerb der vor der Lit. Cont. separirten Früchte erlangte,[995]) welchenfalls jedoch dessen Haftung

---

994) Somit in Concurrenz mit cond. sine causa: Sev. Alex. im C. Just. IV, 51, 1: si praesidi provinciae probatum fuerit Julianum nullo iure munitum servos tuos scientibus vendidisse, restituere tibi emtores servos iubebit. Quos si ignoraverint et eorum facti sunt, pretium eorum Julianum tibi solvere iubebit; Gord. daſ. IV, 52, 1. vgl. Voigt, a. O. 748.

995) Somit in Concurrenz mit cond. sine causa: Afric. 9 Quaest. (D. XLIV, 1, 18): si eius fundi, quem tu possideas, et ego proprium meum esse dicam, fructus condicere tibi velim; Paul. 23 ad Ed. (D. X, 1, 4. § 2); vgl. Voigt, a. O. 746 unter 4.

auf das quanto locupletior factus est ſich beſchränkt: § 83 unter C 2 d.[996])

Dagegen übernimmt die form. petit. weder die der bon. fid. a. zukommende theoretiſch ſelbſteigene Function einer Klage auf Erſtattung der durch die omnis causa gemachten Bereicherung des Beklagten (A. 996), noch, als contraria, einer Impenſenklage.

In jenen beiden Functionen aber als perſönlicher Klage ſteht die formula petit. durchaus auf dem Boden der aequitas und des Principes der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung. Denn ſo zunächſt als Schädenklage unter B 1—3 b unterfällt dieſelbe durchgehends den in § 80 dargelegten leitenden Geſichtspunkten und Ordnungen der aequitas: die Nichterfüllung der begründeten Rechtsverbindlichkeit wird im Gegenſatze zum Civilprozeßdelicte als einfache Widerrechtlichkeit behandelt, wofür als ſubjectiver Thatbeſtand eine Verſchuldung: Dolus oder Culpa erfordert wird, daher wiederum dem casus ein modificirender Einfluß auf jene Rechtsverbindlichkeit zugeſtanden wird; ſodann begründet ſolche Widerrechtlichkeit eine rein reiperſecutoriſche Verpflichtung zum Schadenerſatze, ſo daß der bezügliche Anſpruch auch einen wirklich erlittenen Schaden vorausſetzt und erfordert; nicht minder wird der Schadenerſatz nach dem Betrage des von dem Geſchädigten in concreto erlittenen Schadens bemeſſen, ſo daß er durch litis aestimatio für jeden Fall beſonders zu eruiren iſt; und endlich iſt der normale Maaßſtab der Bemeſſung des Schadenerſatzes das quanti interest, indem nur ganz ausnahmeweiſe in zwei ſingulären Fällen (§ 80 unter B) das quanti res est ſolchen Maaßſtab ergiebt. Und ſodann wiederum reprimirt die form. petit. auch die ſämmtlichen, von der aequitas verpönten Fällen der verſchuldeten Nichterfüllung obliegender Rechtsverbindlichkeiten (§ 80): die frustratio restituendi, die Vereitelung

---

996) Vgl. zu 2 e. 3: Pap. 28 Quaest. (D. XII, 6, 3): bonae fidei possessor in quantum locupletior factus est tenetur. Die Function unter 3 iſt parallel der der bon. fid. a. als Bereicherungsklage auf Reſtitution der omnis causa: § 89, aber keineswegs gleichartig, indem die theoretiſchen Geſichtspunkte verſchiedene ſind und zwar die form. pet., nicht aber die bon. fid. a. in ſolcher Richtung als wahre cond. ob caus. qualificiren.

der Reſtitution am legalen Leiſtungsorte und die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Reſtitution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, wenn immer auch, worauf zurückzukommen iſt, die Ausbildung der form. petit. als Fruſtrations-Klage in Folge der Concurrenz der nach der Richtung des rigor tendirenden Rechtsordnung bezüglich der fructus maiores (unter B 3 c) verkümmerte, ſo daß ihre diesfallſige Verwendbarkeit eine äußerſt beſchränkte, ja mangelhafte geblieben iſt, inſofern ſie in ſolcher Function weder den Schaden zur Geltung bringt, der durch Coursverluſt erlitten iſt, noch auch den Schaden, der daraus erwächſt, daß die res zeitweilig dem Beſitze des Berechtigten und damit ihrer Aufgabe entzogen war, deſſen Intereſſen nach der Kategorie ihrer Nutz- oder ihrer Tauſch-Fähigkeit zu dienen (§ 71). Andererſeits dagegen hat die form. petit. zu keiner Zeit die Function übernommen, auch die von der aequitas verpönten Fälle der Rechtsverletzung durch delictartiges Verhalten in Rechtsverhältniſſen unter Lebenden (§ 80) zu reprimiren, ſo z. B. wegen vis, ſo daß in dieſer Richtung dieſelbe an Verwendbarkeit von der bon. fid. a. um ein Bedeutendes übertroffen wird.

Und nicht minder unterfällt die form. petit. den in § 81 dargelegten leitenden Geſichtspunkten, wie Ordnungen der aequitas: dieſelbe iſt eine Bereicherungsklage, in Function, wie in Structur durchaus nach dem Typus der cond. sine causa organiſirt. Lediglich darin waltet ein Unterſchied von Letzterer ob, daß zunächſt dieſelbe nur dann Platz greift, wenn der Bereicherte zum Zeitpunkte der Bereicherung in bona fide ſich befand, indem andrenfalls die cond. furtiva eintritt, wohingegen die form. petit. als Bereicherungsklage immer nur die Natur der cond. sine causa an ſich trägt d. h. dem Beklagten nicht die geſteigerte Haftverbindlichkeit der cond. furtiva auferlegt; und ſodann daß die her. petit. als Bereicherungsklage auch auf usurae legales ſich richtet (§ 83 unter C 2 a), welche der cond. ob caus. fremd ſind.

Andrerſeits iſt aber auch nach dieſer Richtung die Verwendbarkeit der form. petit. eine weit beſchränktere, als der bon. fid. a. und namentlich fehlt dort zur Geltendmachung des Gegenanſpruches wegen Impenſen die hier regelmäßig ſich vorfindende a. directa oder contraria, ſo daß ſomit ſolcher Anſpruch ſtrict auf defenſive Geltendmachung verwieſen iſt und dies in der Maaße,

daß der Mangel der Impenſenklage auch nicht durch Eingreifen einer cond. ob caus. erſetzt wird.[997])

D. Endlich unterfällt die form. petit. auch der in § 82 dargelegten dritten Poſition der aequitas: dieſelbe iſt empfänglich ebenſo für defenſive Geltendmachung der connexen Gegenanſprüche des Beklagten (§ 83 unter C 1), welche durch das Mittel der rententio oder cessio actionis oder stipulatio iudicialis zur Realiſirung gelangen (§ 82 unter A. a. c. d.), wie aber auch für zweiſeitige Berückſichtigung der bei Vor-, wie Gegenanſpruch concurrirenden Intereſſen der beiden Parteien, welche durch stipulatio iudicialis proceſſualiſch ſich ausprägt, ſo nach Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. pr.) durch cautio defensum iri zu Gunſten des bezüglich der Gegenforderung Verpflichteten, ſomit des Klägers, ſowie nach Ulp. 68 ad Ed. (D. VI, 1, 45) durch cautio de dolo oder durch cautio de re restituenda (A. 956. 957) zu Gunſten des bezüglich des Hauptanſpruches Berechtigten, ſomit des Klägers.

Im Uebrigen aber treten innerhalb dieſer Sphäre an der form. pet. gewiſſe bemerkenswerthe Abweichungen von den Grundordnungen der aequitas zu Tage, und zwar

1. inſofern als, abgeſehen von den impensae necessariae auf die zu reſtituirenden fructus, die defenſive Geltendmachung der connexen Gegenforderungen nicht ipso iure, ſondern ope exceptionis doli mali erfolgt,[998]) und lediglich bei der her. pet. insbeſondere wegen der impensae necessariae und utiles zu der normalen Ordnung der aequitas: der defensio ipso iure zurückgegriffen wird. Und indem jene exc. doli bereits in der pronuntiatio de restituendo, nicht erſt in der iudicatio zur Wirkſamkeit gelangt, da der Richter für die Naturalreſtitution gleich als Suſpenſivbedingung die Gegenleiſtung der Gegenanſprüche ſetzt (A. 964), ſo tritt nun in der iudicatio die litis aestimatio nur unter deductio der Gegenanſprüche ein; und daraus ergab ſich wiederum für ſolche exc. doli die von vornherein ganz merkwürdige Singularität,

997) Voigt, a. O. A. 331.

998) Scharf markirt tritt dieſer Moment hervor bei Paul. 3 ad Plaut. (D. X, 3 14. § 1): impendia —, quae — feci, quae scilicet, si vindicaretur —, per exceptionem doli retinere possem, — si communi dividundo iudicio mecum agetur, aequitate ipsius iudicii retinere possim.

nicht, wie normal, einen elidirenden, als vielmehr nur einen minuirenden Effect auf die Klage auszuüben;[999])

2. insofern die Gegenansprüche wegen impensae utiles einen gleichartigen Gegenanspruch, wie die impensae necessariae begründen, eine Ordnung, welche der bon. fid. a. durchaus fremd ist (A. 1049. 1095);

3. endlich bei her. petit. insbesondere jene Compensation wegen Gegenansprüchen des bon. fid. possessor anomaler Weise sogar zugelassen ist ebenso wegen impensae voluptuariae, als auch wegen nicht connexer Gegenforderungen wider den Erblasser.[1000])

Dahingegen gelangt andrerseits wiederum in der form. pet. ein der bon. fid. a. fremder Gedanke der aequitas zur Ausprägung, in der Differenziirung nämlich von bonae und malae fidei possessio, denen, nach dem Vorgange des publicianischen Edictes, eine Relevanz beigemessen wird theils für die Function der form. pet. als ächt dinglicher Klage: zunächst in dem Rechtssatze, daß der bon. fid. possessor durch Separation das Eigenthum an den Früchten des Vindicationsobjectes erwirbt;[1001]) sodann in der künstlichen Extension der het. pet., wie rei vind. auf den mal. fid. possessor, der vor der Lit. Cont. vorsätzlich den Besitz der hereditas wieder aufgab oder die Fruchtziehung von solcher vernachlässigte, wie endlich in der bei der her. pet. dem mal. fid. possessor auferlegten Haftung für die nach der Lit. Cont. eingetretene casuelle Unmöglichkeit der Restitution; theils sodann für die Function der her. pet. als cond. sine causa, insofern nur bei bon. fid. possessio die Haftung wegen der vor der Lit. Cont. entäußerten Objecte auf die Bereicherung allein sich beschränkt, während bei mal. fid. possessio Haftung auf res ipsa eintritt;[1002]) theils endlich für die

---

999) Cels. 3 Dig. (D. VI. 1, 38), Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 31. § 1. 2). Paul. 8 Resp. (D. V, 2, 21. § 2); vgl. Keller, Civ. Pr. A. 404.

1000) Ulp. und Paul. in A. 999 citt.

1001) Dagegen ist nur einfache Consequenz hiervon, nicht aber selbstständiger Rechtssatz, daß wegen der vor der Lit. Cont. separirten Früchte nur wider den bon. fid. poss. die form. pet. auf den dadurch erlangten Gewinn allein sich richtet: unter C 3.

1002) Dieser Satz findet seine Parallele in der bezüglich der cond. indeb. und sine causa im Gegensatze zur cond. furtiva geltenden Ordnung: s. § 81.

Zubilligung gewiſſer Gegenanſprüche bei der form. pet. und zwar ebenſowohl bei rei vind., inſofern nur der bon. fid. possessor Gegenanſpruch wegen impensae utiles hat, als auch bei her. pet., inſofern nur der bon. fid. possessor unbedingten Gegenanſpruch wegen der impensae utiles, ſowie Gegenanſpruch wegen der impensae voluptuariae und wegen Forderungen wider den Erblaſſer hat.

Endlich greift in die form. petit auch der rigor maaßgebend ein in der bezüglich der fructus maiores maaßgebenden Ordnung (unter B 2 c), obwohl nur indirect inſofern, als ſolche Ordnung direct an die cautio iudicatum solvi ſich anſchließt, ſomit aber der form. pet. nur inſofern angehört, als dieſe Stipulation eine necessaria und als ſolche Prozeßorgan der form. pet. iſt. So daher wird zunächſt das Verhalten des Beklagten, es in der ungerechten Streitſache auf die iudicatio ankommen zu laſſen, als Proceßdelict: als temeritas litigii (§ 78 unter 6 a), nicht aber als einfache Widerrechtlichkeit behandelt, daher hier der ſubjective Thatbeſtand einer Verſchuldung des Beklagten, dolos oder culpos die Sache zur iudicatio zu treiben, nicht erfordert wird, vielmehr die Thatſache an ſich der condemnatio genügt, um für die in der stipulatio iudicatum solvi übernommenen contractlichen Verbindlichkeiten den dies veniens zu begründen; nicht minder wird in den fructus maiores das reiperſecutoriſche Element des Schadenerſatzes wegen frustratio restituendi völlig abſorbirt von der darin ausgeprägten poena, ſo daß die Verpflichtung zur Solution jener fructus an den Eintritt der temeritas allein angeknüpft iſt, gleichgültig, ob durch die Fruſtration des Beklagten der Kläger in Wirklichkeit einen Schaden erlitten hat oder nicht. Demgemäß ſind ſodann die fructus maiores durchaus unabhängig von dem Betrage des Schadens, welchen der Kläger durch die betreffende frustratio restituendi in concreto etwa erlitt, daher auch eine richterliche litis aestimatio nicht zum Zwecke der Feſtſtellung vom Betrage ſolchen Schadens, als vielmehr einzig zum Zwecke der Quantificirung und eventuell der Würderung jener fructus Platz greift, jene fructus ſelbſt aber unbedingt und ſchlechthin als Alterum Tantum der producirten fructus bemeſſen und dem Kläger zugeſprochen werden; und endlich iſt der Maaßſtab der Einheit, nach welcher dieſes Alterum Tantum bemeſſen wird, von Vorn

herein nicht in der utilitas des Klägers oder dem quanti interest, als vielmehr in dem pretium rei oder dem quanti res est gegeben: dafern der Beklagte die fructus maiores nicht in Natura präſtirt, ſo hat er nach Maaßgabe der Conception der stipulatio iudicatum solvi: „quanti eius rei fructus erunt, tantam pecuniam dari spondes“ (A. 953 fg.) deren quanti res est, nicht deren quanti interest zu leiſten, eine Ordnung, welche erſt eine jüngere Zeit aufgab, indem ſie bei der a. ex stipulatu der Würderung das quanti interest als Maaßſtab unterbreitete (§ 142 unter III b). Allein während hierin allenthalben die leitenden Geſichtspunkte und Maximen des rigor ſich ausprägen, ſo entzieht ſich doch auch dieſe Rechtsordnung nicht völlig dem Einfluſſe der aequitas: denn wenn auch, wie obbemerkt, eine Vorſätzlichkeit oder Fahrläſſigkeit des Beklagten für Herbeiführung der condemnatio in der ungerechten Sache nicht erfordert wird, vielmehr nach Maaßgabe der stipulatio iudicatum solvi: „Si ea res secundum me heredemve meum iudicata erit“ (A. 948) die Thatſache allein, es auf die condemnatio ankommen zu laſſen, zur Conſummation des Prozeßdelictes genügt, ſo wird doch wiederum dieſe condemnatio ſelbſt durch unverſchuldete Unmöglichkeit der Reſtitution abgewendet (§ 84 unter D I).

§ 86.

B. Die bon. fid. a. als Organ der aequitas. Die bon. fid. actio als Schädenklage wegen Mora, wegen Vereitelung der Solution am legalen Leiſtungsorte und wegen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte.

Der von der aequitas reprobirten Vermögensſchädigung durch Verletzung der obligatoriſchen Verbindlichkeit unterfallen nach § 80 drei verſchiedene Thatbeſtände, die insgeſammt durch die bon. fid. a. proceſſualiſch geltend gemacht werden, und zwar

I. Die mora,[1003]) als diejenige qualificirte Verzögerung der

---

1003) Mora bezeichnet a. den objectiven Thatbeſtand des Verzuges, ſomit einen untechniſchen Begriff, worüber vgl. Mommſen, Beitr. III, 5 fg. 30. A. 8, und wofür auch die Bezeichnung cessatus oder cessatio ſich vorfindet, ſo bei Scaev. 9 Dig. (D. XXII, 1, 47), Ulp. 52 ad Ed. (D. XXXVI,

Erfüllung einer obligatoriſchen Verbindlichkeit, welche bis zum Zeitpunkte des über ſolche ergangenen Richterurtheiles vom Verpflichteten verſchuldet wird. Im Beſonderen aber beruht dieſelbe theils auf dem ſubjectiven Thatbeſtande der culpa oder Verſchuldung, ſei dies Dolus, ſei es Culpa (§ 80), theils auf dem objectiven Thatbeſtande des unter gewiſſen weiteren Vorausſetzungen eintretenden Verzuges in Erfüllung von Rechtsverbindlichkeiten, ſomit in einer Rechtsverletzung nach der Kategorie der Zeit, hier nun ebenſo zur mora solvendi, wie accipiendi ſich geſtaltend. Dagegen die Relevanz der Mora iſt bedingt von der durch ſolchen Verzug verurſachten Schädigung des Mitintereſſenten.

A. Zunächſt nun zur mora solvendi werden als die näheren thatbeſtändlichen Vorausſetzungen des Verzuges erfordert theils Nichtleiſtung der Schuld an dem rechtsgeſchäftlich geſetzten Solutionstermine,[1004]) theils Interpellation Seitens des Gläubigers,[1005]) theils bezügliches Decret des ius dicens,[1006]) während

---

4, 5. § 20), Paul. de Usur. (D. XXII, 1, 17. pr.); b. die frustratio restituendi: A. 990; c. die mora im techniſchen Sinne, wofür auch frustratio gebraucht wird: A. 990.

1004) Marcell. 20 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XVIII, 3, 4. § 4); Tryph. 2 Disp. (D. III, 5, 38); Diocl. im C. Just. IV, 49, 10. vgl. A. 1686.

1005) Vgl. A. 1686. Die Interpellation beſchieht, weil ſie eine testatio oder denuntiatio iſt, vor Zeugen und in ſolennen Worten (A. 224): Lab. bei Pomp. 3 ex Plaut. (D. XXII, 2, 2), Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3), Marcian. 4 Reg. (D. XXII, 1, 32. § 1); Carac. im C. Just. IV, 32, 6. Diocl. daſ. c. 19 vgl. Marc. 20 Dig. in A. 1004 cit. Daß die interpellatio auch wider abweſende Schuldner ſtatthaft iſt, bezeugen Lab. und Marcian. citt., wo an erſter Stelle unter petitio nicht, wie Mommſen, a. O. 94 will, die interpellatio, als vielmehr die Klage zu verſtehen iſt. — Die moderne Anſicht, daß die Mittheilung der Klage an den Schuldner den Thatbeſtand der mora solvendi begründe, ſo von Mommſen, a. O. 39 fg. iſt nicht römiſch: Lit. Cont. und Mora haben theils die gleichen, theils verſchiedene und zwar letzterenfalls theils direct entgegengeſetzte Wirkungen: ſpätere caſuelle Vereitelung der Solution liberirt in keinem Falle bei Mora: unter 1a, wohl aber nach der Lit. Cont. inſoweit, als nicht bis zu ſolcher dem Debitor die entſprechende Haftung oblag: § 139 unter A 2. B 2.

1006) So vor Allem in dem Falle der hereditas vacans: Ulp. 34 ad Ed. (D. XXII, 1, 23. § 1): aliquando etiam in re mora esse decerni solet, si forte non extat, qui conveniatur, wo der Fall in Frage ſteht: si heres non extabit (Gai. III, 78), der von Ulp. bei Gelegenheit des Edictes de

als Rechtswirkungen beim bon. fid. negotium folgende Effecte mit derſelben verknüpft ſind:

1. die natura bon. fid. negotii wird zum Nachtheile des Säumigen umgekehrt; daher insbeſondere

a. dafern der Creditor nach der natura negotii das periculum trägt (§ 89), ſo geht nunmehr ſolches auf den Debitor über,[1007] ſo daß dieſer bei caſuellem Untergang oder Deteriorirung des Schuldobjectes zu deſſen Solution in vertragsmäßiger Qualität, eventuell zur Leiſtung des id quod interest verpflichtet wird.[1008]

Paul. 36 ad Ed. (D. XXIV, 3. 25. § 2): si post divortium res dotales deteriores factae sint, et vir in reddenda dote moram fecerit, omnimodo detrimentum ipse praestabit: vgl. Proc. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 4, 3. § 3); Ulp. 2 Disp. (D. XII, 4, 5. § 2. 4), wozu vgl. bei A. 1672; 34 ad Ed. (D. XXIII, 3, 14); Gord. im C. Just. IV, 48, 4. Diocl. daſ. c. 6;

und daraus ergiebt ſich nun ohne Weiteres als einfache Conſequenz, daß

b. dafern der Debitor bei verſchuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte nur wegen Dolus verhaftet iſt (§ 87), nunmehr auch die Haftung wegen Culpa auf ihn übergeht;

c. dafern die omnis causa nach der natura negotii dem Debitor zukommt, ſo erwächſt dieſem nunmehr die Verpflichtung zu deren Reſtitution an den Creditor, inſoweit ſie nach Eintritt der mora

---

inspiciendo ventre berührt wird, und wofür eine Parallele bietet Paul. 58 ad Ed. (D. XLV, 1, 77). Mommſen, a. O. 73. 75, ſolche mora ex re ohne Weiteres in eine mora ex persona umwandelnd, bezieht jene Stelle auf den Fall der absentia debitoris und verſteht unter decernere das Richterurtheil; allein das Erſtere widerſpricht den Worten jener Stelle ſelbſt, das Letztere aber dem techniſchen Sprachgebrauche. Sodann aber auch in dem Falle des decretum de edendo: Ulp. 4 ad Ed. (D. IV, 13, 8. § 1). — Ein vierter Thatbeſtand: delictiſcher Beſitz gehört vornämlich zur strict. iur. a.: A. 1544.

1007) Wegen der ſabinianiſchen Lehrmeinung, daß die obige Verhaftung nicht Platz greift, dafern der casus das Object auch im Beſitze des Creditor betroffen hätte, ſ. A. 1759.

1008) Bei Innominatcontracten concurrirt die cond. caus. non sec., die allein möglich iſt, dafern die obligatoriſche Leiſtung inäſtimabel iſt (A. 796 fg.): Ulp. 2 Disp. (D. XII, 4, 5. § 4).

erworben ward oder nach Maaßgabe von b pflichtgemäß zu erwerben war:

Ulp. 15 ad Ed. (D. XXII, 1, 34).

2. Der Säumige wird zum Erſatze des durch die Mora dem Gläubiger verurſachten Schadens verpflichtet, und zwar

a. bei Forderungen auf baar Geld nach dem abſtracten Maaßſtabe eines geſetzlich gegebenen Procentſatzes an usurae legales:

Pap. 3 Resp. (D. XVI, 3, 25. § 1); Ulp. 15. 31 ad Ed. (D. XXII, 1, 34. XVII, 1, 10. § 3); Paul. sent. rec. II, 12, 7. II, 13, 1 c. de Usur. (D. XXII, 1, 17. § 4), 5. 6 Resp. (D. XIX, 2, 54 pr. XIX, 1, 47); Marcian. 4 Reg. (D. XXII, 1, 32. § 2); Hermog. 2 Jur. epit. (D. XVIII, 6, 19); Sev. und Car. im C. Just. IV, 32, 2; Gord. daſ. IV, 34, 2. Diocl. daſ. II, 41, 3. IV, 35, 19. IV, 65, 17. vgl. A. 820, 821;

b. bei Forderungen auf andere Objecte nach dem concreten Maaßſtabe des quanti interest:

Marc. 7 Dig. (D. XXIV, 3, 57); Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. pr.);

Paul. 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 3): quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit, wozu vgl. § 74 unter II; 2 Resp. (D. XIX, 1, 47): Lucius Titius accepta pecunia ad materias vendendas — partim datis materiis decessit; quum — neque heres eius reliquam materiam exhibuerit, an — in usuras conveniri possit, praesertim quum emtor mutuatus pecuniam usuras gravissimas expendit? Paul. respondit — in actione — ex emto officio iudicis post moram intercedentem usurarum pretii[1009]) rationem haberi oportere;

Diocl. im C. Just. IV, 49, 10.

1009) Usurae pretii kann, da nicht cond. ob caus., ſondern a. emti in Frage ſteht, nur Breviloquenz ſein zur Bezeichnung der Zinſen, welche der Käufer von dem zur Verwendung als Kaufpreis dargeliehenen Capitale gezahlt hatte. So faßt auch die Stelle Madai, Mora 406 fg., wogegen Mommſen, a. O. 92 A. 18 eine andere Erklärung von weit her zu holen verſucht: allein es ſteht indirecter Schaden in Frage: ſ. bei A. 825.

Insbeſondere aber wegen zu befürchtender künftiger Schädigung iſt entſprechende cautio zu leiſten (§ 90 a. E.).

3. Die Mora ſtellt zu Gunſten des Creditor als den Zeitpunkt und als den Ort, nach deren Werthverhältniſſen die Aeſtimation des vom Beklagten dem Erſteren zu leiſtenden quanti interest bemeſſen wird, neben den Tag des Judicates den Zeitpunkt des Eintrittes der Mora und neben den Ort der Klagerhebung, ſomit des Judicates, den vereinbarten, eventuell den ipso iure gegebenen Solutionsort:

Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 3. § 3): si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet utro tempore pluris vinum fuit: vel quo venit vel quo lis in condemnationem deducitur; item quo loco pluris fuit: vel quo venit[1010]) vel ubi agatur.

4. Die mora solvendi purgirt die vorgängige mora accipiendi: Pomp. 31 ad Qu. Muc. (D. XVIII, 6, 17).

5. Im Falle des vereinbarten Solutionstermines berechtigt die mora solvendi den Gläubiger, die bon. fid. a. ohne eine Modification der formula an jedem Orte, wo der Verpflichtete zu betreffen, wider denſelben anzuſtellen, welchenfalls jedoch der Richter bei ſeiner Condemnation die örtliche Coursdifferenz auszugleichen hat:

Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5 pr.): si, ut certo loco vel tempore reddatur commodatum, convenit, officio iudicis inest, ut rationem loci vel temporis habeat;

Paul. 28 ad Ed. (D. XIII, 4, 7 pr.): in bon. fid. iudiciis, etiamsi in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur, ex emto vel vendito vel depositi actio competit, non arbitraria actio (sc. de eo quod certo loco).

1010) Daß in dieſer Stelle von Zahlungs-Termin und -Ort, nicht aber, wie Schilling, Inſt. § 238 annimmt, von Zeit und Ort des Contractsabſchluſſes die Rede iſt, erkennen an Madai, Mora 317, Mommſen, a. O. 220, Cohnfeldt, Intereſſe 256, deſſen ſprachliche Erklärung jedoch verfehlt iſt. Das quo in der Bedeutung von Wohin hat indeß nichts Befremdendes, wenn gleich es der ſeltenere Sprachgebrauch iſt; vielmehr liegt nur in dem quo venit in der Bedeutung von: für welchen Zeitpunkt verkauft ward eine Freiheit des Sprachgebrauches.

B. Sodann zum Thatbeſtande der mora accipiendi wird im Beſonderen erfordert die Nichtannahme der vom Schuldner offerirten Solution des Debitum Seitens des Gläubigers und zwar ebenſo zu einer Zeit, wo ſolches fällig iſt, als auch in einer Modalität, welche nicht einen definitiven Remiß deſſelben enthält. Im Uebrigen aber verknüpfen ſich damit beim bon. fid. negotium theils die entſprechenden, theils andere Rechtswirkungen als bei mora solvendi. Und zwar

aa. der Schuldner nimmt die mora accipiendi ohne Weiteres hin; und dann wird

1. die natura bon. fid. negotii zum Nachtheile des Säumigen umgekehrt, daher insbeſondere

a. dafern der Debitor nach der natura negotii das periculum trägt, (§ 89), ſolches nunmehr auf den Creditor übergeht, ſo daß der Debitor bei caſuellem Untergange des Schuldobjectes liberirt, bei deſſen caſueller Deteriorirung nur zur Leiſtung deſſelben in ſo beſchaffener Qualität verpflichtet iſt:

Marcell. 20 Dig. (D. XLVI, 3, 72 pr.): si — maritus — nummos (sc. qui erant in dote) obtulit eosque non accipiente muliere perdiderit, ipso iure desinet teneri (ſ. A. 1172).

Afric. 8 Quaest. (D. XLVI, 3, 39. pr.); vgl. Alex. im C. Just. IV, 48, 2.

b. Dafern der Debitor bei verſchuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte für Culpa verhaftet iſt (§ 87), wird er nunmehr von ſolcher, nicht aber von der Haftung für Dolus befreit:[1011])

Alf. Var. 3 Dig. a Paul. ep. (D. XVIII, 6, 12); lectos emtos aedilis, quum in via publica positi essent, concidit; si — per eum stetit, quominus traderentur, emtoris periculum esse placet;

Pomp. 31 ad Qu. Muc. (D. XVIII, 6, 17): quum moram emtor

1011) Nach Mommſen, a. O. 286 ſoll der Debitor auch von der Haftung für dolus in non faciendo befreit werden; allein davon beſagen die Quellen Nichts: der Debitor kann wohl den geſchuldeten Sclaven derelinquiren; allein thut er dies nicht und läßt ihn dolos durch Nichtgewährung von Nahrung verhungern, ſo haftet er.

adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore; 14 ad Sab. (D. XXIV, 3, 9);

Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 6, 5);

vgl. Marcell. 8 Dig. (D. XXVI, 7, 28. § 1); Flor. 7 Inst. (D. XIX, 2, 36) und dazu A. 1062;

c. dafern die omnis causa nach der natura negotii dem Creditor zukommt, wird nunmehr der Debitor von der Verbindlichkeit zur Fruchtziehung, nicht aber von der Verbindlichkeit zur Reſtitution der wirklich gezogenen Früchte liberirt:

Javol. 6 ex Post. Lab. (D. XXIII, 5, 18. § 1): si per mulierem mora fieret, quominus aestimationem partis fundi viro solveret et fundum reciperet, quum hoc pactum erat, fructus interim perceptos ad virum pertinere ait Labeo. Puto potius pro portione fructus virum habiturum, reliquos mulieri restituturum; quo iure utimur;

Pomp. 14 ad Sab. (D. XXIV, 3, 9): — ne facto mulieris in perpetuum agrum eius colere cogatur; fructus tamen, qui pervenissent ad virum, redduntur;

2. Der Säumige wird zum Erſatze des durch die Mora dem Schuldner verurſachten Schadens nach dem Maaßſtabe des quanti interest, wie zur Reſtitution derjenigen Bereicherung verpflichtet, welche er durch die vom Debitor auf das Schuldobject verwendeten impensae necessariae erlangte:

Sext. Ael. Paetus Catus und C. Livius Drusus bei Cels. 8 Dig. (D. XIX, 1, 38. § 1): si per emtorem steterit, quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari;

Scaev. 5 Resp. (D. XLVI, 3, 102. pr.),[1012] Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3).

1012) Vgl. dazu Mommſen, a. O. 299. A. 6, deſſen Darlegung einer Corruptel mir durchaus überzeugend erſcheint. Dagegen handelt nicht von der mora accipiendi Gai. 30 ad Ed. prov. (D. XLIV, 4, 6), welche Stelle Mommſen a. O. hierher zieht. Im Uebrigen begeht derſelbe a. O. 297 zwei Irrthümer: die bon. fid. a. des Debitor verſteht nicht die Function einer a. neg. gest. contr., als vielmehr eine Schädenklage wegen Mora; und das defenſive Rechtsmittel des Debitor iſt nicht exc. doli, ſondern defensio ipso iure.

3. Die Mora fixirt zu Gunſten des Debitor den Zeitpunkt und den Ort, nach deren Werthverhältniſſen die Aeſtimation des von demſelben dem Creditor zu leiſtenden id quod interest bemeſſen wird, auf den Zeitpunkt der Lit. Cont., ſomit der purgatio morae, ſowie neben dem Orte der Lit. Cont. auf den Solutionsort:

Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 3. § 4): quodsi per emtorem mora fuisset, aestimari oportet pretium, quod sit, quum agatur et quo loco minoris sit (sc. vel ubi agatur, vel ubi solvi oporteat.[1013])

bb. Oder der Schuldner beruhigt ſich nicht bei der mora accipiendi; und dann giebt ſolche demſelben

4. die Befugniß, auf Gefahr des Gläubigers der res debita ſich zu entledigen und damit von der Obligation ſelbſt ſich zu liberiren und zwar bei Geldſchulden durch Depoſition an einer hierfür geeigneten Stelle:

Pap. 2 Quaest. (D. XXII, 1, 1. § 3); Ulp. Not. in Marc. 8 Dig. (D. XXVI, 7, 28. § 1); vgl. Carac. im C. Just. IV, 32, 6. Diocl. daſ. VIII. 43, 9. vgl. A. 1687,

dagegen bei Schulden von anderem Objecte durch deſſen Dereliction:[1013a])

Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3),

in beiden Fällen jedoch nur unter der Vorausſetzung, daß der Schuldner zuvor entweder den Gläubiger interpellirt oder demſelben ſolche Depoſition oder Dereliction denunciirt hatte (A. 1005).

cc. Endlich in beiderlei Fällen wird

5. durch die mora accipiendi die vorgängige mora solvendi purgirt:

1013) Cohnfeldt, a. O. 260 will hier neben dem Zeitpunkt der Klage auch den Solutionstermin verſtehen, was unſtatthaft iſt gegenüber der Ausdrucksweiſe des Pomp., die ja das pretium, quo tempore et loco minoris sit gefliſſentlich vermeidet. Dagegen iſt demſelben A. 281 beizutreten gegen Mommſen, a. O. 293 fg.

1013a) Daneben ſteht als weiterer Ausweg, wie Ulp. beſagt, die Verfügung über das Object im Wege der neg. gestio. — Die Depoſition der res debita bei anderen, als Geldſchulden, iſt in obiger Beziehung den Quellen unbekannt, da es an der geeigneten Stelle zur Depoſition fehlte.

Pomp. 31 ad Qu. Muc. (D. XVIII, 6, 17), Paul. 37 ad Ed. (D. XXIV, 3, 26).

II. Sodann eine zweite Arterſcheinung der Verletzung obliegender obligatoriſcher Verbindlichkeiten iſt gegeben in der verſchuldeten Vereitelung der Solution am legalen Leiſtungsorte, beruhend ſomit theils auf dem objectiven Thatbeſtande der Schädigung durch Rechtsverletzung nach der Kategorie des Ortes, theils auf dem ſubjectiven Thatbeſtande des Dolus (§ 80). Und dieſe Rechtsverletzung wiederum hat die Rechtswirkung, daß der Debitor verpflichtet wird, auf ſeine Koſten und Gefahr das Schuldobject nach dem Solutionsorte zu befördern, eventuell die dem Kläger verurſachten Schäden nach dem Maaßſtabe des id quod interest zu erſetzen:

Pomp. 22. ad Sab. (D. XVI, 3, 12. § 1): depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est; ubi vero depositum est, nihil interest. Eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bon. fid. iudiciis;[1014]) Afric. 8 Quaest. (D. XLVI, 3, 39), Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 3. § 4). Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. pr.) und Paul. 28 ad Ed. (D. XIII, 4, 7. pr.).

III. Endlich das letzte Vorkommniß der Verletzung obliegender obligatoriſcher Verbindlichkeiten iſt gegeben in der verſchuldeten Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte: denn indem die aequitas dem Debitor nicht eine unbedingte Verpflichtung zur Solution auferlegt, vielmehr denſelben durch caſuelle Vereitelung derſelben regelmäßig liberirt werden läßt (§ 89), ſo gewinnt nun inſoweit, als Letzteres der

---

1014) Die Supplirung des hier maaßgebenden Momentes, welche Folge es habe, dafern die Sache durch Dolus des Verpflichteten an einen dem Berechtigten nachtheiligen Ort transportirt worden iſt, ergeben die Entſcheidungen der parallelen Vorkommniſſe theils bei der form. petitoria: § 85 unter B 2, theils bei der a. ad exhibendum von Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 11. § 1): si forte proponas, data opera eum (sc. reum) in locum abditum res contulisse, ut actori incommodior esset exhibitio; nam in hunc casum suis sumtibus et periculo debebit exhibere in eum locum, ubi agatur, ne ei calliditas sua prosit; theils bei dem Damnationslegate von Ulp. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. pr.), Licin. Ruf. 4 Reg. (D. V, 1, 38).

Fall iſt, jener Thatbeſtand verſchuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung eine ſelbſteigene juriſtiſche Relevanz. Und zwar beruht diesfalls der objective Thatbeſtand der iniuria in der Vermögensſchädigung durch Verletzung der Obligation nach der Kategorie ihres öconomiſchen Gehaltes, ſei es, daß ſolche Verletzung eine totale oder eine partielle[1015]) iſt, oder daß dieſelbe in der Gegenwart oder in der Vergangenheit ſich vollziehe, ſomit aber zur gänzlichen Entziehung: als Verweigerung oder als Vereitelung, oder zur materiellen Beeinträchtigung: als Verkürzung oder als Deteriorirung ihres Objectes ſich geſtaltet, wogegen der ſubjective Thatbeſtand in einer Verſchuldung oder culpa beruht (§ 80).

Was zunächſt nun den ſubjectiven Thatbeſtand im Beſonderen betrifft, ſo iſt derſelbe je nach ſeiner zwiefachen Beſchaffenheit als Vorſatz oder als Fahrläſſigkeit in verſchiedener Potenz für relevant erklärt: in gewiſſen Rechtsverhältniſſen wird, entſprechend der Ordnung unter II, auf den Dolus allein, in anderen Verhältniſſen dagegen, entſprechend der Ordnung unter I, auch auf die Fahrläſſigkeit, ſomit auf die darin begangene Verletzung der diligentia, die Relevanz des betreffenden Thatbeſtandes geſtützt. Und zwar iſt ſolche verſchiedene Behandlung der Verſchuldung abhängig von einem dreifachen Momente: theils nämlich davon, ob die Verletzung der Obligation nach ihrem öconomiſchen Gehalte in Concurrenz mit der Mora oder ohne ſolche auftritt, ſomit alſo hier die natura negotii allein, dort auch der modificirende Einfluß der Mora zur Geltung kommt; theils ſodann davon, ob ſolches negotium von Vorn herein durch leg. a. per iud. post. oder von Anfang an durch bon. fid. a. geſchützt iſt; theils endlich innerhalb der originären bon. fid. negotia von der darin ausgeprägten Intereſſen-Proportion der Paciscenten.[1016])

1015) Hierunter fällt insbeſondere auch die Beeinträchtigung an der omnis causa, inſoweit ſolche nach § 89 dem Gläubiger zukömmt: Lab. und Nerva bei Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 14. § 1); Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 1), Alex. im C. Just. IV, 24, 8. Diocl. daſ. VIII, 25, 2. Vgl. Veteres bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 9).

1016) Der Verſuch, die bezüglichen Ordnungen durchgehends auf theoretiſche Geſichtspunkte zurückzuführen, muß, weil wahrheitswidrig, an der inneren Unmöglichkeit ſcheitern, indem vielmehr theilweiſe hiſtoriſche Momente beſtimmend eingreifen; und namentlich wird die Tutel, welche

Im Beſonderen nun

A. die natura negotii wird in der fraglichen Beziehung geregelt

1. bezüglich derjenigen bon. fid. negotia, welche von Alters her durch arbitrium der leg. a. per iud. post. geſchützt waren, nach der hier von Alters maaßgebenden und auch bei Uebertragung der bon. fid. a. auf jene Rechtsverhältniſſe beibehaltenen Ordnung, daß der Verpflichtete unbedingt ebenſo für Dolus, wie für Culpa, dabei aber durchgehends nur für culpa (Verſchuldung) in concreto zu haften habe. Und hiernach nun beſtimmt ſich die bezügliche Ordnung bei fiducia, tutela, dos und communio incidens: A. 1273;

2. bezüglich der originären bon. fid. negotia nach dem Grundſatze: si utriusque contrahentis commodum versetur etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestatur: Afric. 5 Quaest. (D. XXX, 1, 108. § 12) und ähnlich Alfen. 5 Dig. a. Paul. ep. (D. XIX. 2, 31), Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2), Modest. 2 Differ. (Collat. X, 2, 1), wozu vgl. Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 5. 6), Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. pr.), Pap. 8 Quaest. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIX, 5, 17. § 2), Ulp. 29 ad Ed. (D. XIII, 6, 10. § 1. fr. 12. pr.), Inst. Just. III, 14, 4. Theoph. Paraphr. IV, 1, 13., ein Grundſatz, der dahin zu paraphraſiren iſt, daß derjenige Paciscent, der bei ſolchem bon. fid. negotium ein commodum hat, für Dolus und für Culpa, und zwar, was letztere betrifft, für culpa in abstracto, [1017]) derjenige dagegen, welcher kein commodum hat, für Dolus allein verhaftet

---

die Haftung für Culpa demjenigen auferlegt, der unter geſetzlicher Nöthigung eine fremde Vermögensverwaltung übernimmt, ſtets widerſtreben. Dies gilt z. B. von Schilling, a. O. § 236, und ebenſo von Arndts, Pand. § 250: denn die von Letzterem aufgeſtellte Poſition, es trete die Haftung für culpa dann ein, „wenn die Verpflichtung auf Führung fremder Angelegenheiten gerichtet iſt, als welche ihrer Natur nach alle Sorgfalt in Anſpruch nimmt," läuft doch auf den Cirkel hinaus: die natura negotii bedingt dann Haftung für diligentia, wenn die natura negotii diligentia bedingt. — Vgl. im Allgemeinen zu dem Nachſtehenden Haſſe, Culpa [2], Anh. IV. Mommſen, Beitr. III, 391 fg. — Wegen der custodia im Beſonderen vgl. Schilling, Inſt. § 205 kk fg. Mommſen, a. O. I, 275.

1017) Wegen vereinzelter Ausnahmen, wo auch hier culpa in concreto zur Geltung zu bringen verſucht wurde, ſ. A. 1736 fg.

iſt. Und zwar ward gegenüber dieſem Grundſatze das commodum bemeſſen nach der natura negotii, ſomit nach der potentiell vortheilhaften Beſchaffenheit der Rechtsverhältniſſe für den Paciscenten, wie ſolche durch die in abstracto darin ausgeprägte Proportion der Intereſſen gegeben iſt, keineswegs aber nach dem actuell vortheilhaften Character, wie ſolcher aus der concreten Beziehung des Verhältniſſes zu den Intereſſen des Paciscenten reſultirt.[1018] Und indem nach dieſem Grundſatze die Ordnung ſich beſtimmt bei emtio venditio, locatio conductio, societas, pignus, commodatum und depositum, wie reſp. mandatum,[1019] ſo trifft nnn

a. Die Haftung für Culpa und Dolus theils die beiden Intereſſenten von emtie vendito,[1020] locatio conductio,[1021] socie-

---

1018) Ausnahmsweiſe fand die letztere Auffaſſung Vertretung theils ſingulärer Weiſe bezüglich des Commodates: Gai. 9 ad Ed. prov. (D, XIII, 18. pr.), Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 10), theils normaler Weiſe bezüglich des Innominatcontractes, da dieſer ja in Wahrheit Artbegriff iſt, welcher Rechtsgeſchäfte von verſchiedenſter Intereſſen-Proportion unter ſich begreift: Ulp. 29 ad Sab. (D. XIII, 6, 10. § 1. fr. 12. pr. XIX, 5, 17. § 1. 2), 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 9. 10); vgl. 2 Disp. (D. XII, 4, 5. § 2) und dazu A. 1066.

1019) Ueberdem auch theils bezüglich der Erben der Vormünder und obervormundſchaftlichen Magiſtrate: Pap. 5 Resp. (D. XXVI. 7, 39. § 6), Ulp. 3 Disp. (D. XXVII, 8, 4), Sev. und Car. im C. Just. V, 54, 11, theils bezüglich der Erben der curatores in Bezug auf die a. neg. gest. utilis: Diocl. im C. Just. II, 19, 17: Alle dieſelben haften nur, worauf nach Maaßgabe des obigen Grundſatzes ihr Erblaſſer zu haften gehabt hätte d. h. für Dolus allein. Dagegen die Haftung der Communalbeamten folgt der Ordnung der Tutel: Ulp. 1 ad Ed. Praet. (D. L, 8, 6).

1020) Emtor: Lab. und Nerva bei Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 14. § 1). — Venditor: Proc. 6 Ep. (D. XVIII, 1, 68. pr. § 2); Cels. 8 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 16); Jul. 23 Dig. (D. XIX, 1, 23); Gai. 2 Aur. (D. XVIII, 6, 2. § 1), 10 ad Ed. prov. (D. XVIII, 1, 35. § 4); Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2), 29 ad Sab. (D. L, 17, 23); Paul. not. ad Lab. 2 Pith. (D. XIX, 1, 54. pr.); Inst. Just. III, 23, 3.

1021) Locatio cond.: Ulp. 14 ad Ed. (D. IV, 9, 3. § 1); Diocl. im C. Just. IV, 65, 28. — Locator: Lab. 5 Post. (D. XIX, 2, 60. § 7); Gai. III, 206. Ulp. 28. 30 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2. XVI, 3, 1. § 9. 10), 29 ad Sab. (D. L, 17, 23). Conductor: Alfen. 5 Dig. a Paul. ep. (D. XIX, 2, 31); Cels. 6. 8 Dig. bei Ulp. 28. 32 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 15. XIX, 2, 9. § 5); Nerat. bei demſ. (D. XIX, 2, 19. § 2); Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XIX, 2,

tas,[1022]) wie bei pignus conventionale, inſoweit beziehentlich das pignus für die eigene Schuld beſtellt ward,[1023]) theils den Mandanten,[1024]) den Deponenten,[1025]) wie den Commodatar;[1026])

b. dagegen die Haftung für Dolus allein den Depoſitar,[1027]) wie den Commodanten.[1028])

25. § 4. 7); Pomp. 63 ad Ed. (D. XIX, 2, 11. pr.); Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 9. § 3. fr. 11. § 3); Paul. sent. rec. II, 18, 2. Inst. Just. III, 24, 5.

1022) Cels. 7 Dig. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 52. § 2); Ulp. 29. 30 ad Sab. (D. L, 17, 23. XVII, 2, 23. pr.), 28. 31 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2. XVII, 2, 52. § 3. 11); Paul. sent. rec. II, 16, 1. Wegen Gai. 2 Aur. (D. XVII, 2, 72. Inst. Just. III, 25, 9) ſ. A. 1737.

1023) Pignus: Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2); Inst. Just. III, 14, 4. vgl. Schilling, a. O. § 276 rr. — Pignori accipiens: Alf. 5 Dig. a Paul. ep. (D. XIII, 7, 30); Nerva und Atilic. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 8); Pap. 3 Resp. (D. XX, 1, 2); Ulp. 30. 31. 38. 62 ad Ed. (D. XIII, 7, 22. § 4. fr. 24. § 3. fr. 25. 13. § 1. XLII, 5, 9. § 5), 29 ad Sab. (D. L, 17, 23); Paul. 29 ad Ed. (D. XIII, 7, 14); Alex. im C. Just. IV, 24, 5. Gord. daſ. c. 7. Phil. daſ. c. 8. Diocl. daſ. VIII, 14, 19. Wegen des pignus praetorium ſ. A. 1031.

1024) Nerat. bei Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 26. § 7); Afric. 4 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 5).

1025) Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 5).

1026) Lab. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 12); Cels. 6 Dig. bei demſ. (D. cit. § 15), Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 6); Gai. III, 206. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 4); Pomp. 38 ad Qu. Marc. (D. XIII, 1, 16); Ulp. 28. 38. 71 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2. 4. 5. XIII, 7, 13. § 1. XLIII, 26, 8. § 3), 29 ad Sab. (D. XIII, 6, 10. pr. XLVII, 2, 14. § 15. L, 17, 23); Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 6, 3); Modest. 2 Diff. (Collat. X, 2, 1. 4); Inst. Just. III, 14, 2. Vgl. überdem A. 1018. Dagegen handeln von der a. in factum conc., daher nicht hierher gehören Qu. Muc. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2), Veteres bei demſ. (D. cit. § 6. 9. vgl. § 7): A. 1496.

1027) Gai. III, 207. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 5. Inst. Just. III, 25, 9); Pomp. 38 ad Qu. Muc. (D. XIII, 1, 16); Ulp. 14. 28. 30 ad Ed. (D. IV, 9, 3. § 1. XIII, 6, 5. § 2. XVI, 3, 1. § 8. 10. 20. 47), 29 ad Sab. (D. L, 17, 20); Paul. sent. rec. II, 12, 6. Modest. 2 Differ. (Collat. X, 2, 1. 4); Alex. in Collat. X, 8. Diocl. in Collat. X, 3. 5. Inst. Just. III, 14, 3. Eine Modification dieſer Ordnung d. h. Haftung auch für Culpa ſtatuirt für den Fall, daß Jemand aus eigener Initiative dem Deponenten den Antrag zur Uebernahme des Depoſitum macht, Jul. bei Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 35), wozu vgl. A. 1075, eine Ordnung, welche Schilling, a. O. § 236 t ohne practiſche Pointe verallgemeinert. Dazu kommt dann die Modification im Falle von § 89 unter 2 f.

1028) Afric. 8 Quaest. (D. LXVII, 2, 61. § 6); Gai. 7 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. § 3); Paul. 22. 29 ad Ed. (D. XIII, 6, 22. 17. § 3).

3. Eine exceptionelle Ordnung gegenüber dem unter 2 dargelegten Grundſatze greift jedoch aus hiſtoriſchen Gründen Platz

a. einestheils bezüglich des Mandatares[1029]) und negotiorum gestor,[1030]) indem Beiden Haftung auch für Culpa auferlegt iſt, ſowie

b. andrerſeits bezüglich des Precariſten, inſoweit wider denſelben a. praescriptis verbis gegeben wird, indem dieſem nur Haftung für Dolus allein obliegt.[1031])

B. Bei mora wird das Maaß der Verſchuldung beſtimmt

1029) Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 8. § 10. fr. 10. § 1), 29 ad Sab. (D. L, 17, 23); Alex. im C. Just. IV, 35, 5. Diocl. daſ. c. 11. 13. Constant. daſ. c. 21. Es iſt dies eine traditionell überlieferte Ordnung, aus jener Zeit ſtammend, wo das Mandat nur noch einfaches Lebensgeſchäft und einzig und allein auf die fides geſtellt war (§ 101) und anomaler Weiſe beibehalten, auch nachdem das Mandat zum Contracte erhoben worden. Die Haftung für Dolus allein ſprach Modest. 2 Differ. (Collat. X, 2, 3) aus, ohne jedoch mit dieſem principiell richtigeren Satze durchzudringen. Sodann adoptirt aber auch die Theorie dieſe normale Ordnung bezüglich des mandatum adpromittendi insbeſondere: Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 8. § 8), 7 Disp. (D. cit. fr. 29. pr. § 3. 4), vgl. Jul. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. cit. fr. 10. § 12).

1030) Pomp. 21 ad Qu. Muc. (D. III, 5, 11); Ulp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 23); Paul. sent. rec. I, 4, 1. 9. 39 ad Ed. (D. III, 5, 21. § 3. XLVII, 2, 53. § 3); Diocl. im C. Just. II, 19, 20. IV, 32, 24. V, 51, 7. Inst. Just. III, 27, 1. Ausnahmeweiſe Haftung für Dolus allein ſtatuirt für den Fall, wo Gefahr im Verzuge iſt, Lab. bei Ulp. 10 ad Ed. (D. III, 5, 3. § 9). Jene ſtrengere Haftung des neg. gestor ſtammt daher, daß die neg. gestio durch die Rechtswiſſenſchaft im Wege der Analogie klagbar gemacht wurde, wobei als die maaßgebenden Vorbilder die Stellung des Tutor, fiduciae accipiens, socius und Mandatar geſetzt wurde (§ 49 a. E. A. 1535 a): Alle dieſe aber haften für Culpa: A. 1273. 1032. 1029.

1031) Ulp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 23), 71 ad Sab. (D. XLIII, 26, 8. § 3. 6); dieſe Anomalie ſtammt her von der für das Interdict geſetzten Ordnung des honor. Edictes in Dig. XLIII, 26, 2. pr., welches den Precariſten nur wegen des dolo malo desinere habere, nicht aber wegen Culpa für verhaftet erklärte. Dagegen ergiebt keine Ausnahme, daß bei a. pigneraticia in factum conc. wegen pignus praetorium der Pfandgläubiger nach den Edicten in Dig. XLII, 5, 9. pr., wozu vgl. Ulp. 62 ad Ed. (D. cit. § 5), ſowie bei Ulp. 61 ad Ed. (D. XLII, 5, 8. § 3) nur wegen Dolus haftet: denn es iſt niemals eine damit concurrirende bon. fid. a. in ius conc. für jenes Rechtsverhältniß conſtituirt worden: A. 1495.

durch den Geſichtspunkt einer ſtrafähnlichen Ahndung der darin begangenen Rechtsverletzung, dem entſprechend daher

1. bei mora solvendi dem Debitor die Haftung auch für Culpa auferlegt wird: unter I A 1 b; dagegen

2. bei mora accipiendi die Haftung des Debitor auf Dolus allein reducirt wird: unter I B 1 b.

Was ſodann den objectiven Thatbeſtand der Verletzung der Obligation nach ihrem öconomiſchen Gehalte betrifft, ſo iſt ſolcher wiederum zwiefältiger Beſchaffenheit, theils nämlich

1. Verletzung der durch Vertrag zwiſchen den Contrahenten vereinbarten Verbindlichkeiten, und ſo zwar

a. totale oder partielle Vereitelung oder Verweigerung der vertragsmäßigen Solution, ſo z. B. nach Lab. und Nerva bei Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 14. § 1); Proc. 6 Ep. (D. XVIII, 1, 68. pr. § 2); Cels. 8 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 16); Jul. 13 Dig. (D. XIX, 1, 23); Alex. im C. Just. IV, 39, 6. Diocl. daſ. IV, 49, 4.

b. Solution eines Objectes von vertragswidriger Subſtanz oder Qualität, ſo in erſterer Beziehung bei Ulp. 40 ad Sab. (D. XIII, 7, 1. § 2), 11 ad Ed. (D. XIII, 7, 36. pr.), in letzterer Beziehung nach Jav. 11. Epist. (D. XIX, 2, 51. § 1); Gai. 2 Aur. (D. XVIII, 6, 15); Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. pr. § 4. 6); Ulp. 4. 18. 32. 70 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2. XIX, 1, 34. 13. § 3. 4. fr. 35); Paul. 3. 5 Quaest. (D. XLVI, 1, 54. XIX, 5, 5. § 2). sent. rec. II, 17, 6; Flor. 8 Inst. (D. XVIII, 1, 43. pr.); Diocl. im C. Just. IV, 49, 9. 12., wozu vgl. Voigt im Archiv f. civil. Prax. LIV, 218 fg. 228;

c. Verletzung des Solutionsobjectes durch vertragswidriges Gebahren mit demſelben: Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 11. § 4. fr. 13. § 1); Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18 pr. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 4); Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 9. § 3);

2. ſodann Verletzung der ipso iure obliegenden Verbindlichkeiten, und ſo zwar

a. Gebahren mit der res debita, wodurch der Thatbeſtand eines Delictes, ſo namentlich damnum iniuria datum oder furtum conſummirt wird, demgemäß daher diesfalls mit der bon. fid. a. die Klage aus dem Delicte concurrirt, ſo z. B.:

cond. furtiva: Pomp. 38 Qu. Muc. (D. XIII, 1, 16);

a. furti: Paul. de Conc. act. (D. XLIV, 7, 34, § 1. 2);

a. leg. Aquiliae; Proc. u. Nerat. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 11. 9); Jul. 48, 86 Dig. (D. XIX, 2, 42. 13. § 4); Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. § 1); Pomp. 63 ad Ed. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 11. pr.); Ulp. 19, 28, 30, 32 ad Ed. (D. X, 2, 16. § 5. XIII, 6, 7. § 1. XIII. 7, 24. § 3. XIX, 2, 13. pr.); Paul. de Conc. act. (D. XLIV, 7, 34. § 2), 23 ad Ed. (D. X, 3, 10. pr.); 6. 10 ad Sab. (D. XVII, 2, 48. IX, 2, 18);[1032])

b. Beſitzübertragung eines ſchadenfähigen Objectes an den Mitintereſſenten:

Lab. 5 Post. (D. XIX, 2, 60. § 7); Nerat. bei Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 26. § 7); Afric. 8 Quaest. (D. XIII, 7, 31. XLVII, 2, 61. § 5. 6) u. Jul. daſ.; Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. § 3); Paul. 22. 29. ad Ed. (D. XIII, 6, 22, 17. § 3);

c. anderweites ſchädigendes Verhalten, welches nach Maaßgabe der natura negotii den durch die bona fides oder reſp. diligentia gebotenen Obliegenheiten widerſtreitet, ſo z. B. bei

Gai. 2 Aur. (D. XVIII, 6, 15): si vina, quae in doliis erant,

---

1032) Es concurrirt mit dieſer Ordnung die reticentia (§ 87 unter III), worüber vgl. namentlich Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 1. 3. 5), Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 2). — In den Fällen nun oben unter 2a und b, wie nicht minder der reticentia tritt, dafern ein Sclave als Delinquent in Betracht kommt, die Frage nach dem Umfange der Haftung des Herrn auf. Bezüglich 2a entſcheiden nun Proc. und Pomp. citt. dahin, daß, dafern der Sclave ohne concurrirende Verſchuldung des Herrn delinquirt, der letztere mit der bon. fid. a. nur noxaliter, anderenfalls dagegen auf das id quod interest ſchlechthin und ohne noxae datio haftet. Dagegen bezüglich 2b und der reticentia entſcheiden Nerat., Jul. und Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 1. 3. 6. XIII, 7, 31) rückſichtlich des Mandanten, Deponenten, Commodanten und pignori dans dahin, daß der Herr im Falle der Culpa nur bis zum Maaße der a. noxalis, dagegen im Falle des Dolus auf das volle id quod interest mit der bon. fid. a. verhaftet ſei, womit auch Paul. 22 ad Ed. (D. XIII, 6, 22. XIX, 2, 45. § 1) rückſichtlich des Commodanten und locator inſofern übereinſtimmt, als er bei Dolus des Herrn bon. fid. a auf id quod interest, bei Culpa deſſelben jedoch a. noxalis allein zuläßt; dagegen wieder Afric. cit. (D. XLVII, 2, 61. § 5) ſtatuirt rückſichtlich des Mandanten und Deponenten auch bei Culpa bon. fid. a. auf id quod interest.

Repreſſion ſolcher Argliſt greift aber die bon fid. a. in Function einer Schädenklage in zwei Fällen ein: [1034])

1. Dafern die Solution einer ohne Argliſt begründeten bon. fid. obligatio durch Argliſt beeinflußt und ſo nun der Mitintereſſent geſchädigt wird, ſo:

Nerat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 14), Proc. 2 Ep. (D. XVIII, 1, 68. § 1. 2), Pomp. 31 ad Qu. Muc. (D. XVIII, 1, 66. § 1), 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 8) und bei Ulp. 11 ad. Ed. (D. XIII, 7, 36. pr. XIX, 1, 32); Pap. 3 Resp. (fr. Vat. 13); Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 3), 40 ad Sab. (D. XIII, 7, 1. § 2); Paul. 5 ad Sab. (D. XIX, 1, 8. § 1), 11, 34 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 3. XIX, 2, 24. pr.);

2. Dafern die Begründung einer bon. fid. obligatio durch Argliſt beeinflußt und durch deren Solution der Betreffende geſchädigt wird, ſomit alſo in der causa solutionis die Vitioſität des Verhältniſſes belegen iſt. Und hierunter nun ordnen ſich die in § 26 beſprochenen Vorkommniſſe der durch Argliſt beeinflußten Willenserklärung bei

Veteres in Modest. 5 Resp. (D. XIX, 1, 39); Jul. 15 Dig. in Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 6); Scaev. 2 Quaest. (D. XXI, 2, 69. § 5); Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 9), Ulp. 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1. § 1), Modest. l. c. (D. cit.);

ſodann die Vorkommniſſe des wiſſentlichen Verkaufes einer res aliena oder extra commercium:

Jul. 10 ex Min. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 15), Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 1, 30. § 1), Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 16. 18), Modest. 5 Reg. (D. XVIII, 1, 62. § 1). Inst. Just. III, 23, 5. wozu vgl. Voigt, im Archiv f. civil. Prax. LIV, 53 fg. A. 62, 63;

1034) Dagegen iſt ſolches nicht der Fall in den beiden Vorkommniſſen, daß entweder die Aufhebung der bon. fid. obligatio durch Argliſt herbeigeführt iſt: denn dann tritt die Ordnung in A. 937 ein: es greift die bon. fid. a. als Contracts- oder Quaſicontractsklage mit replicatio doli Platz; oder daß die Begründung der bon. fid. obligatio durch Argliſt beeinflußt, die Solution aber noch nicht erfolgt iſt: dann tritt die Ordnung von A. 933, analog wie bei vis in A. 932 ein: es greift defensio ipso iure Platz.

wie endlich die Fälle bei

Jul. 15 Dig. in Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 5) und bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. pr.); Ulp. cit. (D. cit. fr. 9. pr. XIII, 7, 36. § 1); Paul. 3 Quaest. (D. XLVI, 1, 54), 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 14. § 1); Sev. und Car. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 9. § 1); Diocl. im C. Just. III, 38, 3. vgl. daſ. II, 54, 3. VIII, 28, 10.

In allen dieſen Vorkommniſſen aber übernimmt die bon. fid. a. die Function einer a. de dolo; und während ſolche Function einerſeits eine durchaus profeſſionelle iſt, inſofern die erſtere Klage, ſobald überhaupt begründet, die letztere unbedingt ausſchließt, ſo behauptet andrerſeits wiederum in ſolchem Concurrenzverhältniſſe die bon. fid. a. ihre eigenartige Natur: ſie gewinnt nicht den pönalen Character der a. de dolo, ſondern bewahrt ſich ihre rein reiperſecutoriſche Tendenz, ſich richtend auf Schadenerſatz nach dem Maaßſtabe des id quod interest:

Lab. und Nerv. bei Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 14. § 1: venditorem deceptum ex vendito actionem habere, quanti sua interest id non esse factum); Modest. 5 Reg. (D. XVIII, 1, 62. § 1: ex emto adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur); Inst. Just. III, 23, 5 (habebit actionem ex emto, ut consequatur, quod sua interest deceptum non esse);

daher nun dementſprechend[1035]) die bon. fid. a. auch wider den Erben in solidum geht, nicht aber, wie die a. de dolo, lediglich auf id quod pervenit (§ 92 unter II A i):

Pomp. 29 ad Sab. (D. XLIV, 7, 12), Pap. 11 Resp. (D. XLV, 1, 121. § 3), Ulp. 30, 69, 71 ad Ed. (D. XVI, 3, 7. § 1. L, 17, 152. § 3. fr. 157. § 2), Paul. 9 Resp. (D. XXVII, 7, 8. § 1), 18 ad Plaut. (D. XLIV, 7, 49).

II. Analog wie der dolus malus, ſo begründet auch die vis eine entſprechende Verwendung der bon. fid. a. in Function einer a. quod met. c., wie dies bekundet wird von Alex. im C. Just. IV, 44, 1., wozu vgl., Diocl. daſ. c. 8. Allein während einerſeits die bon. fid. a. auch hier ihren reiperſecutoriſchen Character ſich be-

1035) Im Weiteren vgl. Zimmern, Rozalkl. 53 A. 73, ſowie A. 1019; dann auch Paul. 23 ad Ed. (D. X, 3, 10. pr.).

wahrt, ſo gewinnt andrerſeits wiederum ſolche Function hier ebenſo in theoretiſcher, wie in practiſcher Beziehung eine andere Bedeutung, als dort, inſofern als in erſterer Beziehung die a. quod met. c. nicht in ein ſubſidiäres Verhältniß zur bon. fid. a. geſtellt iſt, in letzterer Beziehung aber die a. quod met. c., als pecuniär vortheilhafter, die entſprechende Verwendung der bon. fid. a. außerordentlich beſchränkte. Lediglich gegenüber dem Erben des Zwingenden tritt das entgegengeſetzte Verhältniß ein: die bon. fid. a. geht auch hier gegen jenen auf das id quod interest, während die a. quod met. c. nur auf das id quod pervenit ſich richtet.

III. Die reticentia beruht einestheils auf dem objectiven Thatbeſtande einer Verſchweigung erheblicherer, weder augenſcheinlicher, noch dem Mitintereſſenten bekannter Fehler eines Rechtsobjectes Seitens deſſen, der eine entgeltliche Uebertragung deſſelben in den juriſtiſchen Beſitz oder die Detention des anderen vollzieht, mag ſolches im Wege der Veräußerung oder der Tradition zum Zwecke der Ausübung von Nutzungsbefugniſſen an ſolchem Objecte beſchehen; ſowie anderntheils auf dem ſubjectiven Thatbeſtande der Verſchuldung, ſei dies Dolus, ſei es Culpa [1036]), wobei insbeſondere die Letztere darin beruht, daß es für den Beſitz-Uebertragenden ein Pflichtgebot der diligentia iſt, die erheblicheren Fehler des betreffenden Objectes zu kennen, demgemäß die diesfallſige Unkenntniß zur pflichtwidrigen Unachtſamkeit, ſomit zur Fahrläſſigkeit ſich qualificirt. Demgemäß gewinnt daher die reticentia Relevanz ebenſo bei venditio [1037]) und beim entſprechen-

---

1036) Vgl. hierzu Voigt, im Arch. f. civil. Prax. LIV, 220 fg. Wegen des Momentes der Erheblichkeit des Fehlers vgl. Schilling, Inſt. § 293 n; es ſind dafür die concreten Verhältniſſe maaßgebend, ſo daß z. B., dafern dolia verkauft werden, der Defect eines ſolchen erheblicher Fehler iſt: Lab. bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX 1, 6. § 4), dafern aber ein Grundſtück verkauft iſt, deſſen Pertinenz eingegrabene dolia bilden, der Defect eines ſolchen ein nicht erheblicher Fehler iſt: Lab. 2 Pith. (D. XIX, 1, 54. § 1). — In dieſer Lehre tritt der Dolus regelmäßig unter der Bezeichnung scientia, die Culpa als inscientia oder auch ignorantia auf, worüber vgl. A. 1389. — Wegen der bei Verkauf von Sclaven und Vieh ipso iure obliegenden Verbindlichkeit, wegen Abweſenheit gewiſſer Fehler Caution zu leiſten, vgl. A. 1376.

1037) Trebat. bei Marcian. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45); Ofil. bei Ulp. 2 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 38. § 7); Lab. bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX,

den Innominatcontracte[1038]), als auch bei pignoris datio[1039]), wie bei der locatio[1040]).

Der Anſpruch ſelbſt aber auf Erſatz der durch ſolche reticentia verurſachten Vermögensſchädigung wird wiederum geltend gemacht durch die betreffende bon. fid. a., die nun je nach der Beſchaffenheit der Verſchuldung als Dolus oder als Culpa eine verſchiedene Richtung gewinnt, inſofern erſteren Falles der Schaden in pönaler Steigerung gewürdert wird nach dem Maaßſtabe der utilitas als id quod interest, ſo daß ebenſowohl der Ausfall am Erwerbe, wie der etwaige ſonſtige Verluſt in Anſatz kommt:

Trebat. bei Marcian. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45), Serv. Lab. und Sab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 1), Jul. 15 Dig. bei Marcian. 4 Reg. cit. und Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. pr.), Gai. 2 Aur. (D. XVIII, 6, 15), 10 ad Ed. prov. (D. XVIII, 6, 9), Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 1), Paul. 5 ad Sab. (D. XIX, 1, 4. pr.), 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 2), 5 ad Plaut. (D. XVIII, 1, 57. § 1); vgl. § 74 unter I A 2 bb., ſowie A. 815, 1750.

wogegen im Falle der culpoſen reticentia der Schaden gewürdert wird nach dem Maaßſtaabe des pretium rei und zwar als quanto minoris res est, ſo daß diesfalls lediglich der Ausfall am Erwerbe in Anſchlag gebracht wird:

1, 6. § 4); Nerat. bei Paul. 5 ad Plaut. (D. XVIII, 1, 57. pr.) und bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 7. 8); Vivian. bei Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 1. § 9); Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. pr.) und bei Marc. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45); Afric. 8 Quaest. (D. XXI, 1, 51. pr. XLVII, 2, 61. § 5); Gai. 2 Aur. (D. XVIII, 6, 15), 10 ad Ed. prov. (D. XVIII, 6, 9); Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 4); Pap. 3 Resp. (D. XIX, 1, 41); Ulp. 32. 80 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 5. fr. 13. § 1. 2. XXI, 1, 61), 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1. § 1), 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 4. pr. § 4); Paul. 5 ad Sab. (D. XIX, 1, 4. pr.), 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 1. 2), 5 ad Plaut. (D. XVIII, 1, 57. § 1), sent. rec. II, 17, 11; Carac. im C. Just. IV, 58, 1.

1038) So bei permutatio Aristo bei Paul. 5 ad Plaut. (D. XIX, 4, 2).

1039) Afric. 9 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 1. 3. 5); Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 7, 9. pr.); Paul. 29 ad Ed. (D. XIII, 7, 16. § 1); Marcian. 4 Reg. (D. XIII, 7, 32).

1040) Serv. Lab. und Sab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 1); Minic. bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 4); Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 5).

Jul. 15 Dig. bei Marcian. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45) und bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. pr.), Ulp. cit. (D. cit. § 1), 80 ad Ed. (D. XXI, 1, 61).[1041])

IV. Als weiteres Vorkommniß delictartigen Verhaltens bei Rechtsgeſchäften unter Lebenden qualificirt die aequitas die vorſätzliche Verweigerung vom Abſchluſſe der stipulatio duplae vel simplae bei entgeltlicher Veräußerung, ſo namentlich bei emt. vend. oder permutatio oder auch bei divisio rei communis, ſomit die Verletzung der dem Veräußerer ipso iure obliegenden Verbindlichkeit zur vertragsmäßigen Uebernahme der Evictionsverpflichtung in jener ſolennen Modalität.[1042]) Und auch hier dient zur Repreſſion ſolcher Rechtsverletzung die Contractsklage,[1043]) welche zwar normaler Weiſe auf Schadenerſatz nach dem Maaßſtabe des id quod interest tendirt, bei welcher aber anomaler Weiſe der erſt künftige d. h. aus einer etwa ſpäter eintretenden Eviction erſt zu befürchtende Schaden gleich wie ein gegenwärtiger Schaden behandelt wird, ſo daß demnach als quod interest die zu promittirende dupla vel simpla ſelbſt in Anſatz kommt: Nerat. und Paul. in Anm. 1043 citt.

Insbeſondere aber für den Procentſatz je von duplum oder simplum iſt maaßgebend die örtliche Uſance, eventuell aber der Werth des Kaufobjectes in dem Maaße, daß bei werthvolleren

---

1041) Vgl. A. 814. Iſolirt iſt die abweichende Meinung von Cass. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19), der auch hier den Maaßſtab des id quod interest ſtatuirt, während wiederum Paul. 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 1) bei Verkauf von res hereditariae die Haftung wegen reticentia ganz wegfallen läßt; vgl. A. 1346.

1042) Daneben tritt in der Zeit Hadrians die Rechtsordnung, daß dem Veräußerer ipso iure, ſomit ohne stipulatio duplae vel simplae die Evictionshaftung obliege und durch bon. fid. a. geltend gemacht werden könne. Allein dies iſt eine aus dem strictum ius in das aequum et bonum recipirte Ordnung, bei welcher ſomit die bon. fid. a. nicht Organ der aequitas, als vielmehr ausnahmsweiſe des rigor iſt. Daher gehört dieſe Rechtsordnung nicht hierher, ſondern in die hiſtoriſche Abtheilung: A. 1549 fg.

1043) So a. emti: Cels. 8 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 17); Nerat. bei demſ. (D. XIX, 1, 11. § 8. 9); Jul. 57 Dig. (D. XXI, 2, 39. pr.); Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XXI, 2, 6); Ulp. 22. 32 ad Ed. (D. XII, 2, 13. § 3. XXI, 2, 37. pr. § 1); Paul. 5 ad Sab. (D. XXI, 2, 2); a. communi divid.: Paul. 23 ad Ed. (D. X, 3, 10. § 2).

Objecten die dupla, bei geringwerthigeren die simpla zu promittiren ist. [1044])

V. Endlich das letzte hierher gehörige Vorkommniß ist die sogen. laesio enormis, somit der Fall des Verkaufes einer Sache für einen Kaufpreis, welcher noch nicht die Hälfte vom wahren Werthe des Objectes erreicht, wo nun Diocl. im C. Just. IV, 44, 2 dem Verkäufer die a. venditi gewährt in der Richtung, daß der Abkäufer entweder den Kaufpreis bis zu jenem Sachwerthe ergänzt oder aber die Rescission des Kaufcontractes vollzieht. [1045])

§ 88.

Die bon. fid. actio als Bereicherungsklage bezüglich vitiöser causa und bezüglich impensae necessariae.

Unter den zahlreichen Thatbeständen einer ungerechtfertigten Bereicherung, welche nach § 81 die aequitas anerkennt und verpönt, sind es lediglich drei, deren Repression von der bon. fid. a. übernommen wird: Bereicherung durch ein pecuniär indifferentes Rechtsgeschäft unter Lebenden, welchem in einem bon. fid. negotium eine vitiöse causa unterliegt; Bereicherung sodann durch den vom Mitinteressenten beim bon. fid. negotium auf das Solutionsobject gemachten Aufwand von nothwendigen Impensen; wie endlich Bereicherung durch einen beim bon. fid. negotium mittelst der res debita vom Schuldner gemachten Gewinnes. Insbesondere nun

I. im Falle der Bereicherung durch ein pecuniär indifferentes Rechtsgeschäft unter Lebenden tritt die bon. fid. a. in Function einer Bereicherungsklage dann ein, wenn die jenem Rechtsgeschäfte unterliegende secundäre causa ebenso in einem bon. fid. negotium besteht, als auch an einem für die cond. ob caus. relevanten Vitium leidet: iniusta, turpis, falsa, non secuta, finita, nulla oder furtiva ist. [1046]) Und in solcher Function wird nun die bon. fid. a. bekundet

1. bei turpis causa von

Ulp. 43 ad Sab. (D. XXVII, 3, 5) für a. depositi und com-

1044) Gai. und Ulp. 32 ad Ed. in Anm. 1043 citt.

1045) Vgl. Schilling, Inst. § 300. Arndts, Pand. § 307, sowie unten A. 1553 fg.

1046) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. § 86.

modati; Paul. 5 ad Plaut. (D. XII, 5, 9. § 1) für a. locati, emti und mandati;

2. bei falsa causa von

Nerat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XXI, 2, 37. § 2),[1047] Jul. 25, 33 Dig. (D. XVIII, 4, 19. XXX, 1, 84. § 5), Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 5) für a. emti; Jul. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 11. § 7), Pomp. bei Iuſ. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 3. § 3), Marcian. 3 Reg. (D. VIII, 2, 35) für a. venditi; Sev. und Car. bei Ulp. 22 ad Ed. (D. XIX, 2, 9. § 4) für a. conducti; Paul. 31 ad Ed. (D. XLVI, 2, 12) für a. mandati;

3. bei causa finita von

Lab. bei Paul. 29 ad Ed. (D. XIII, 6, 17. § 5) für a. commodati; Cass. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XII, 7, 2) und Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 15. § 9) für a. conducti; Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11, § 6. 18),[1048] Ulp. cit. (D. XVIII, 3, 4. pr.) und Hermog. 2 Jur. Ep. (D. XXI, 2, 74. § 1. ſ. A. 1048) für a. emti.

Und dieſem ſyſtematiſchen Geſichtspunkte iſt es nun auch zu unterſtellen, wenn Justin. im Cod. VI, 43, 3. § 4 für den Fall, das Jemand wiſſentlich eine res legata vom Erben gekauft hatte

1047) Si simplam pro dupla per errorem stipulatus sit emtor, re evicta consecuturum eum ex emto, quanto minus stipulatus sit, ſomit ein Fall der omissio ex falsa causa: A. 1623.

1048) Der § 18 cit. betrifft das pactum de non praestanda evictione, welches im Evictionsfalle die a. emti als Evictionsklage, ſomit auf id quod interest ausſchloß; dafern jedoch der Verkäufer unwiſſentlich eine res aliena verkauft hat, greift trotzdem die a. emti in Function einer cond. causa finita auf Reſtitution des id quod pervenit nach Julian Platz; vgl. Schilling, Inſt. § 297 tt. Und die gleiche Klage iſt es auch, welche Platz greift im Falle der Eviction des erkauften pignus in causa iudicati captum nach Hermog. 2 Jur. Ep. (D. XXI, 2, 74. § 1), wozu vgl. Gord. im C. Just. VIII, 45, 13. — Dagegen gehört nicht hierher, wenn Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 9) als Object der a. ex emto in Function der Evictionsklage das pretium nennt: denn damit iſt nur diejenige Summe bezeichnet, welche gemeinhin den Betrag des Intereſſe repräſentirt, nicht aber iſt damit eine in thesi maaßgebende Beſchränkung der a. emti auf jenes pretium ausgeſprochen; vgl. Mommſen, Beitr. II, 26. A. 22. Anders freilich iſt zu beurtheilen Plaut. Pseud. IV, 7, 87. 124 fg. 131 fg., worüber ſ. A. 1476.

und daß ſolche vom Legatar evincirt worden iſt, die a. emti wider den Erben auf den gezahlten Kaufpreis beſchränkt; denn ſolche Klage verliert damit ihre normale Natur als Schädenklage und nimmt ſingulärer Weiſe die Natur einer cond. caus. fin. an.

4. Bei nulla causa von

Afric. 8 Quaest. (D. III, 5, 49) für a. neg. gest.; Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 47) und Paul. 5 ad Ed. (D. XVI, 3, 4) für a. depositi und commodati;

5. bei causa furtiva von

Ulp. 32 ad Ed. (D. XVIII, 1, 30) für a. emti.

Und indem in allen jenen Fällen nicht der Thatbeſtand der vom Kläger erlittenen Vermögensſchädigung, als vielmehr der vom Beklagten auf Unkoſten des Erſteren erworbenen Bereicherung den Klaggrund ergiebt, ſomit alſo diesfalls die bon. fid. a. nicht als Schädenklage, ſondern als ächte Bereicherungsklage fungirt, ſo tritt nun inſoweit an Stelle des id quod interest, worauf die bon. fid. a. ebenſo als Klage auf Erfüllung des Vertrages, wie als Schädenklage ſich richtet, das id quod pervenit, als das Quantum der Bereicherung (§ 81 unter II):

Lab. bei Paul. 29 ad Ed. (D. XIII, 6, 17. § 5); Jul. 15. 33 Dig. (D. XIX, 1, 11. § 18. XXX, 1, 84. § 5); Ulp. 30. 32 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 47. XIX, 1, 11. § 5), 43 ad Sab. (D. XXVII, 3, 5); Sev. und Car. bei Ulp. 22 ad Ed. (D. XIX, 2, 9. § 4),

während zur Abwehrung künftig eintretender Bereicherung Caution auf Reſtitution des id quod pervenit auferlegt wird, ſo bei

Pomp. 11 ad Sab. (D. XIII, 6, 13. pr.).

II. In dem Falle, daß ein Gläubiger eine Bereicherung dadurch erlangt, daß in ſeinem Intereſſe von dem Schuldner impensae necessariae[1049]) auf die geſchuldete Präſtation innerhalb des bon. fid. negotium verwendet werden, ohne daß dem-

1049) Auf impensae utiles wird dieſe Rechtsordnung ausgedehnt in dem Falle, daß das Impendiren Seitens des Schuldners auf Grund eines Mandates oder einer neg. gestio erfolgt von Ulp. 31 ad Ed. (D. XIII, 7, 25) bei pignus und von Paul. 2 Sent. (D. XIX, 2, 55. § 1) bei loc. cond.; dies ſind ganz ſinguläre Sätze, deren Generaliſirung durchaus nicht gerechtfertigt iſt: A. 1095. vgl. § 91.

ſelben die Beſtreitung ſolchen Aufwandes geſetzlich obliegt, hat der Letztere Anſpruch auf Reſtitution der durch das Impendiren an ſich von dem Erſteren erworbenen Bereicherung; und zwar dient zur aggreſſiven Geltendmachung ſolcher Forderung die bon. fid. a. directa oder contraria, welche diesfalls nun auf den Betrag ſolcher Impenſen, als des id quod pervenit, eventuell bei künftiger Bereicherung durch ſpäter aufzuwendende Impenſen, wie bei Paul. 23 ad Ed. (D. X, 2, 25. § 10) auf Beſtellung bezüglicher Caution ſich richtet. Und in ſolcher Function wird bekundet[1050]) die

a. venditi von Trebat. und Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 22), vgl. Diocl. im C. Just. IV, 49, 16.

a. conducti von Paul. 2 Sent. (D. XIX, 2, 55. § 1);

a. pro socio von Lab. bei Pomp. 13 ad Sab. (D. XVII, 2, 67. § 2); Proc. bei Paul 6 ad Sab. (D. XVII, 2, 38. § 1) vgl. denſ. bei demſ. 32 ad Ed. (D. XVII, 2, 67. pr.); Cass. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 52. § 12); Jul. daſ. (D. cit. 61); Gai. 28 ad Ed. prov. (D. XXXIX, 2, 32); Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 2, 67. § 2); Diocl. im C. Just. IV, 37, 2.

a. mandati contraria von Mela bei Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 26. § 8); Gai. 3. 9 ad Ed. prov. (D. III, 3, 46. § 6. XVII, 1, 27. § 4); 3 Aur. (D. XLIV, 7, 5. pr.); Pap. 3 Resp. (D. XVII, 1, 56. § 4); Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. § 9 fr. 12. § 9); Paul. 1 Sent. (D. III, 3, 30), sent. rec. II, 15, 2; Sev. und Car. im C. Just. IV, 35, 1; Alex. daſ. c. 4; Diocl. daſ. c. 20. § 1;

a. commodati contraria von Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. § 2); Paul. 22 ad Ed. (D. XIII, 6, 22), sent. rec. II, 4, 1. Modest. 2 Differ. (Collat. X, 2, 5);

a. depositi contraria von Modest. 2 Differ. (Collat. X, 2, 5. D. XVI, 3, 23);

a. pigneraticia contraria von Pomp. 35 ad Sab. (D. XIII, 7, 8. pr.); Ulp. 31 ad Ed. (D. cit. 25); Paul. 23 ad Ed.

1050) Vgl. im Allgemeinen Qu. Muc. Scaev. bei Cic. de Off. III, 17, 70. Bei Mandat, negot. gestio und Tutel treten nach der Theorie der Kaiſerzeit auch noch usurae legales hinzu.

(D. X, 2, 29); Carac. im C. Just. VIII, 14, 6; Gord. daſ. IV, 24, 7;

a. negot. gestor. contraria von Jul. 3 Dig. (D. III, 5, 6. § 3); Gai. 3 ad Ed. prov. (D. cit. 2), 3 Aur. (D. XLIV, 7, 5. pr.); Ulp. 4 Opin. (D. III, 5, 45. pr.); Sev. und Car. im C. Just. II, 19, 3; Alex. daſ. c. 10; Gord. daſ. c. 15;

a. aus communio incidens von Proc. bei Paul. 6 ad Sab. (D. XVII, 2, 38. § 1); Nerat. bei Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 2, 18. § 7); Urs. Fer. bei demſ. (D. X, 3, 6. § 12); Jul. bei Paul. cit. (D. X, 2, 44. § 8); Scaev. 1 Resp. (D. X, 2, 39. pr.); Gai. 7. 28 ad Ed. prov. (D. X, 3, 11. XXXIX, 2, 32); Pap. bei Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 2, 18. § 6); Paul. 23 ad Ed. (D. X, 3, 8. § 3. 4), 3. 7 ad Plaut. (D. X, 3, 14. § 1. XLIV, 7, 46); Sev. und Car. im C. Just. II, 19, 3; Diocl. daſ. III, 36, 18. § 1); J. Just. III, 27, 3. 4. vgl. Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 3, 6. pr.);

a. tutelae contraria von Jul. 21 Dig. (D. XVII, 4, 4); Ulp. 36 ad Ed. (K. XXVII, 4, 1. § 4—6. 8. fr. 3. pr. § 8) und Lab. daſ.; Kiocl. im C. Just. V, 58, 3. J. Just. III, 27, 2.

§ 89.

Die bon. fid. actio als Bereicherungsklage bezüglich des Gewinnes aus der res debita.

III. Das letzte Verhältniß, in welchem die bon. fid. a. als Bereicherungsklage fungirt, iſt gegeben in dem Vorkommniſſe, wo in dem bon. fid. negotium der Schuldner mittelſt der res debita eine dem Gläubiger zukommende und um deßwillen für jenen ſelbſt ungerechtfertigte Bereicherung juriſtiſch erwirbt.

Jene Zuweiſung an ſich aber ſolchen Erwerbes je an den Gläubiger oder den Schuldner wird geregelt durch einen Grundſatz, der in den Quellen in der Faſſung auftritt:

ubi periculum, ibi et lucrum collocetur: Pap. Def. bei Justin. im Cod. VI, 2, 22. § 3;

commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda: Paul. 3 ad Sab. (D. L, 17, 10);

commodum eius esse debet, cuius periculum est: J. Just. III, 23, 3;

woneben dann auch die logiſche Contraposition ausgeſprochen wird:

eius debet esse damnum, cuius praemium est: Sen. Exc. Contr.

III, 6, 3. wozu vgl. Ter. Hec. V, 3, 42: multa ex quo fuerint commoda, eius incommoda aequomst ferre.

Sonach bezeichnet daher dieſer Grundſatz den betreffenden Intereſſenten, welchem der fragliche Erwerb überwieſen wird, nicht unmittelbar und ſchlechthin, als vielmehr durch Bezugnahme auf den Umſtand, daß Jemandem das periculum obliege, ſo daß an den letzteren Thatbeſtand die Rechtsordnung bezüglich des Erwerbes angeknüpft wird.

Was daher zunächſt jenen Thatbeſtand des periculum oder incommoda oder damnum apud aliquem esse anbetrifft[1051]), ſo vertritt periculum den Begriff von Riſico einer Vermögenseinbuße (iactura) oder, indem dieſelbe als etwas Nachtheiliges aufgefaßt wird, eines Vermögensnachtheiles: incommodum oder Vermögensſchadens: damnum[1052]); und demgemäß bezeichnet periculum, incommodum, damnum alicuius esse oder dergl. das Verhältniß, daß Jemanden ſolcher Nachtheil trifft, namentlich inſofern derſelbe im Falle des Eintrittes einer betreffenden Vermögensſchädigung ſei es dem Betroffenen für dieſelbe Schadenerſatz zu leiſten verpflichtet, ſei es als Betroffener für dieſelbe Schadenerſatz vom Mitintereſſenten zu beanſpruchen nicht berechtigt iſt[1053]).

In dieſer Bedeutung wird indeß der fragliche Ausdruck in einer zwiefachen und verſchiedenen ſachlichen Beziehung in den Quellen verwendet, und zwar zunächſt bezüglich des Schadens ſchlechthin und abgeſehen ebenſowohl von der Beſchaffenheit ſeiner Entſtehungsurſache je nach Zufall oder Verſchuldung und je nach Vorſatz oder Fahrläſſigkeit (§ 70), als auch von der Beſchaffenheit des zum Schadenerſatze verpflichtenden Thatbeſtandes[1054]).

Allein dieſe ganz allgemeine Bedeutung iſt es nicht, welche dem periculum apud aliquem esse in der obigen Verbindung unter-

1051) Vgl. darüber Arndts, Pand. § 253. 274. 275 und die daſ. Citirten und namentlich Mommſen, Beitr. I, und dazu Pesters, de modo quo obligatio tollitur rei interitu, Traj. 1835. Lauwers, sur les risques et périls.

1052) S. § 69. Vgl. Mommſen, a. O. 237 fg. So auch im Einzelnen z. B. periculum bei Paul. 5 ad Plaut. (D. XXIV, 3, 55); incommodum: Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 6, 7. pr.); damnum: Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 6, 8. pr.); dann auch dispendium z. B. bei Nerat. 3 Membr. (D. XIX, 1, 31. pr.).

1053) So z. B. in erſterer Beziehung Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 3, 41. § 3), in letzterer Beziehung Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 6, 8. pr.).

1054) Vgl. Mommſen, a. O. 238 fg.

liegt, vielmehr vertritt daſſelbe hierin eine weit engere und zwar in den Quellen vorherrſchende Beziehung, in welcher das periculum esse einer dreifachen Beſchränkung unterworfen iſt: einestheils inſofern daſſelbe auf den caſuellen Schaden allein, ſonach mit Ausſchluß der verſchuldeten Schädigung beſchränkt wird und demnach nur das Riſico für den durch Zufall herbeigeführten Schaden bezeichnet[1055]; ſodann inſofern von den mehrfachen Verpflichtungsgründen zur Tragung von ſolchem Riſico (§ 73): bezüglicher Verſicherungsvertrag, Delict oder Quaſidelict des Delinquenten oder ſeines Gewaltuntergebenen[1056], relevante Verletzung der bona fides[1057], ſowie natura negotii nur dieſer letzte Verpflichtungsgrund allein als maaßgebend in das Auge gefaßt und ſomit als der relevante Thatbeſtand geſetzt iſt, an welchen die Zuweiſung des lucrum angeknüpft wird; und endlich inſofern, als von den mehreren Kategorieen, welche für die durch Verletzung der bona fides verſchuldete Schädigung relevant ſind: der Zeit, des Ortes und des Objectes (A. 886), nur die letzte Kategorie allein als maaßgebend anerkannt iſt, ſo daß für den obigen Grundſatz einzig und allein die caſuelle Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, weder aber die caſuelle Verzögerung der Solution, noch die caſuelle Vereitelung derſelben am legalen Leiſtungsorte den relevanten Thatbeſtand ergiebt[1058].

1055) Vgl. Schilling, Inſt. § 234 i.

1056) So trifft das periculum, nicht aber das commodum den Dieb, wie deſſen Gewalthaber, inſofern die caſuelle Vernichtung oder Deterioration des Objectes die Forderung des Gläubigers nicht mindert, und überdem derſelbe auch für den caſuellen indirecten Schaden bei Klagen auf id quod interest Erſatz zu leiſten hat (§ 74 unter I A 1), die caſuelle Amelioration des Objectes aber beziehentlich die Forderung des Gläubigers ſogar vergrößert; ſo bei a. furti: Ulp. 42 ad Sab. (D. XLVII, 2, 46. pr.), 37 ad Ed. (D. cit. fr. 50. pr.); Alex. im C. Just. II, 20, 1. Diocl. daſ. VI, 2, 9; bei a. vi bon. rapt.: Alex. und Diocl. citt.; bei interd. unde vi: Jul. bei Tryph. 15 Disp. (D. XLIII, 16, 19); Ulp. 69 ad Ed. (D. cit. fr. 1. § 34) und Jul. daſ., wogegen nicht hierher gehört die cond. furtiva (A. 1671).

1057 So überträgt die mora solvendi das periculum von dem Creditor auf den Debitor und die mora accipiendi vom Letzteren auf den Erſteren: § 86 unter A 1a. B 1a, ohne daß dadurch ein Anſpruch auf das commodum begründet würde: § 86 unter A 1c.

1058) Somit alſo: indem der Gläubiger das Riſico der caſuellen Verzögerung der Solution trägt, hat derſelbe nicht auf Grund deſſen das commodum rei zu beanſpruchen.

Demnach aber ergiebt ſich für den obigen Grundſatz als ſachliche Bedeutung des periculum apud aliquem esse das Verhältniß, daß der Intereſſent einer Obligation das Riſico des deren öconomiſchen Gehalt betreffenden caſuellen Schadens auf Grund der natura negotii zu tragen hat, ſomit alſo einerſeits dem dadurch betroffenen Mitintereſſenten Erſatz zu leiſten verpflichtet, andrerſeits aber als ſelbſt Geſchädigter von dem Mitintereſſenten ſolchen Erſatz zu beanſpruchen nicht berechtigt iſt. Und zwar gewinnt ſolche Ordnung hier, auf dem Gebiete des Obligatoriſchen, die beſondere Ausprägung, daß in Folge vom Eintritte ſolchen caſuellen Schadens erſteren Falles der Debitor von der Verbindlichkeit zur ungeſchmälerten Leiſtung ſeines Debitum nicht liberirt wird, vielmehr das entſprechende Forderungsrecht des Gläubigers in rechtlichem Beſtande verbleibt, letzteren Falles aber das Forderungsrecht des Gläubigers auf ſolche Leiſtung erliſcht, ſomit aber der Debitor von ſeiner entſprechenden Verbindlichkeit, ſei es ganz, ſei es theilweiſe liberirt wird.

Die normale Ordnung ſelbſt aber, auf welche die aequitas die Beſtimmung der natura des bon. fid. negotium in jener Beziehung ſtützt, iſt gegeben in dem Grundſatze, daß das periculum den Gläubiger trifft, ſomit alſo der caſuelle Untergang der res debita ein Erlöſchen von deſſen Forderungsrechte oder eine Liberation des Debitor, die caſuelle Deteriorirung aber eine Minderung von Forderungsrecht, wie Schuldverbindlichkeit hinſichtlich des geſchädigten Objectes zur Folge hat. Der gleiche Effect daher, der mit der culpoſen Schädigung der res debita Seitens des Debitor bei denjenigen bon. fid. negotia ſich verbindet, bei denen nach Maaßgabe von § 86 derſelbe nur für Dolus haftet, verbindet ſich nun conſequenter Weiſe auch mit der caſuellen Schädigung der res debita. Insbeſondere aber bei weſentlich zweiſeitigen Obligationen, wo der durch ſolchen casus betroffenen Forderung ein Hauptanſpruch des Schuldners gegenüberſteht, greift der Grundſatz Platz, daß durch jene Aufhebung oder Modification der erſteren Forderung die letztere in ihrem Beſtande, wie Gehalte nicht alterirt werde, ein Satz, der wiederum in vollkommener Harmonie ſteht, ja als Conſequenz bedingt iſt durch die Ordnung, daß auch die mora solvendi, wie die verſchuldete Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte oder

an ihrem legalen Leiſtungsorte in Bezug auf die eine Leiſtung die andersſeitige Gegenleiſtung weder aufhebt, noch modificirt, ſomit aber noch weit weniger der caſuellen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte ſolcher Effect zukommen kann [1059]).

Im Uebrigen aber ſtehen dieſe Rechtsſätze bezüglich der Tragung vom periculum des Debitum zu der in § 86 unter III dargelegten Rechtsordnung bezüglich der verſchuldeten Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte in Wahrheit in dem Verhältniſſe eines negativen Complementes: denn während für den Fall ſolcher Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution dort die Vorausſetzungen der Verhaftung des Debitor für Schadenerſatz feſtgeſtellt ſind: in deſſen Dolus oder reſp. culpa levis, und daraus nun als Fälle des Nichtvorhandenſeins ſolcher Vorausſetzung Caſus und reſp. culpa levis ohne Weiteres ſich ergeben, ſo wird hier nun ſolche negative Conſequenz in der Form des affirmativen Vortheiles ausgeſprochen: es werden Caſus und reſp. culpa levis als Vorausſetzungen der Nichtverhaftung des Debitor hingeſtellt. Und ſo nun, ſei es in dieſer, ſei es in jener Form des Urtheiles wird dieſe normale Rechtsordnung bekundet für

bon. fid. negotia im Allgemeinen von Alex. im C. Just. IV, 24, 6: quae fortuitis casibus accidunt, quum praevideri non potuerant, — nullo bonae fidei iudicio praestantur; wie von Ulp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 23), 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2);

depositum: Alex. in Collat. X, 8. Diocl. daſ. c. 4 [1060]).

commodatum: Lab. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 12); Gai. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 4), 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. pr.); Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 4. 13), 29 ad Sab. (D. XIII, 6, 10. pr.); J. Just. III, 14, 2; Diocl. im C. Just. IV, 23, 1.

1059) Mommſen, a. O. 330 kommt zu keiner principiellen Entſcheidung dieſer Frage.

1060) Bezüglich culpa levis von Gai. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 5); Modest. 2 Diff. (Collat. X, 2, 1); J. Just. III, 14, 3; bezüglich der Abweſenheit des Dolus im Allgemeinen von Paul. 18 ad Ed. (D. XVI, 3. 20).

pignus: Alf. 5 Dig. a. Paul. ep. (D. XIII, 7, 30); Ulp. 38 ad Ed. (D. XIII, 7, 13. § 1); J. Just. III, 14, 4; Alex. im C. Just. IV, 24, 5. 6. Phil. daſ. c. 8. Diocl. daſ. c. 9. VIII, 14, 19.

venditio: Proc. Octav. und Pomp. bei Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 6, 8. pr.); Nerat. 3 Membr. (D. XIX, 1, 31. pr.); Jav. 7 ex Cass. (D. XVIII, 6, 16); Jul. 15 Dig. (D. XVIII, 5, 5. § 2) und bei Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 2, 2. § 1); Afric. 8 Quaest. (D. XLVI, 3, 39); Gai. 2 Aur. (D. XVIII, 6, 2. § 1), 10 ad Ed. prov. (D. XVIII, 1, 35. § 4); Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 11. § 9. 12), 28, 29 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. pr. 4. § 1. XLVII, 2. 14. pr.); Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 6, 7. pr.) 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 34. § 6), 16 Quaest. (D. XVIII, 4, 21); Modest. 5 Reg. (D. XVIII, 1, 62. § 2); Alex. im C. Just. IV, 48, 1. 2. Gord. daſ. c. 4. Diocl. daſ. c. 5. 6. IV. 49, 12.

conductio rei: Lab. Sab. u. Mela bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2. 13. § 8); Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 9. § 3); J. Just. III, 24, 5; Sev. und Car. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 9. § 4); Diocl. im C. Just. IV, 65, 28;

conductio operis: Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 13. § 1); Sab. bei Jav. 5 Post. Lab. (D. XIX, 2, 59); Jav. 8 ex Cass. (D. XIX, 2, 37); Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XIX, 2, 25. § 7); Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 11. § 3. fr. 13. § 5); Paul. not. zu Lab. 1 Pith. (D. XIX, 2, 62);[1061]) Florent. 7 Inst. (D. XIX, 2, 36);[1062]) vgl. Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 29);

1061) Lab. ſelbſt ſagte: si rivum, quem faciendum conduxeras et fececeras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est; nach Maaßgabe von Lab. bei Ulp. 32 ad Ed (D. XIX, 2, 13. § 1) iſt nicht zu bezweifeln, daß Labeo einen vom Redemptor verſchuldeten Schaden im Auge hatte. Das Gegentheil nimmt an Mommſen, a. O. 375.

1062) Die Stelle beſagt: opus — donec approbetur, conductoris periculum est; — — si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam approbaretur, locatoris periculo est; da nun hier im letzteren Satze das periculum im Sinne von Haftung für casus dem locator überwieſen wird, ſo iſt das Wort periculum im erſteren Satze in dem weiteren Sinne von A. 1053

locatio operarum und zwar bezüglich des Falles, wo der locator behindert iſt, die operae zu leiſten: Paul. Reg. (D. XIX, 2, 38. pr.); [1063]) vgl. Sept. Sev. bei Ulp. 8 de Omn. trib. (D. L, 13, 1. § 13) und Paul. Reg. (D. XIX, 2, 38. § 1), [1064]) ſowie Ulp. 38 ad Ed. (D. XXXVIII, 1, 15. pr.); [1065])

wie bezüglich des Falles, wo der conductor behindert iſt, von den ermietheten operae Gebrauch zu machen: Sev. und Car. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 9), wozu vgl. Pap. 4 Resp. (D. I, 22, 4. XIX, 2, 19. § 10);

societas: Cels. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 58. pr. § 1); Ulp. cit. (D. cit. fr. 52. § 3. 11);

mandatum: Mela bei Afric. 8 Quaest. (D. XLVI, 3, 39); Afric. cit. (D. XV, 3, 17. pr.) Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 8. § 10); Diocl. im C. Just. IV, 35, 13;

negotiorum gestio: Afric. 8 Quaest. (D. XV, 3, 17. pr.); Paul. 1 Sent. (D. III, 5, 37. § 1); Phil. im C. Just. V, 38, 4; Diocl. daſ. II, 19, 22;

Innominatcontract und zwar permutatio: Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 1): si scyphos tibi dedi, ut Stichum

---

zu nehmen, ſo daß hier das Riſico im Allgemeinen wegen Dolus, Culpa, wie Caſus dem conductor überwieſen, dieſer allgemeine Satz aber dann bezüglich des Caſus wieder eingeſchränkt wird, wofür einen vollkommenen Parallelismus bietet Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 13. § 1). Eine andere Interpretation ſtellt jedoch auf Mommſen, a. O. 371 fg.

1063) Paul. ſagt: qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet, ein Ausſpruch, der doch gar nicht beſtimmter und deutlicher ſein kann. Gleichwohl will Mommſen, a. O. 362 denſelben auf ſolche Fälle beziehen, „in welchen der Vermiether zur Leiſtung bereit war, der Miether aber die Leiſtung nicht annehmen wollte oder wegen factiſcher Hinderniſſe nicht annehmen konnte.“ Das heißt denn doch aus den Quellen das Gegentheil von dem herausleſen, was dieſelben beſagen.

1064) Beide Stellen handeln von dem mandatum non gratuitum zwiſchen Anwalt und Clienten (A. 1538), wofür die Parallele ebenſo in der loc. cond., operarum, wie im Innominatcontracte do ut facias gegeben iſt. Die Entſcheidung ſtimmt genau überein mit der in A. 1063.

1065) Hier wird die iurata promissio operarum dem gleichen Geſichtspunkte unterſtellt, wie in A. 1063.

mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes;[1066])

dos: Sab. und Jul. bei Ulp. 6 ad Sab. (D. XXIII, 3, 33); Jul. 5 ex Min. (D. XXIII, 3, 49); Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIV, 3, 18. § 1); Ulp. 19, 34, 47 ad Sab. (D. XXXIII, 4, 1. § 6. XXIII, 3, 10. pr. § 1. fr. 12. § 1. fr. 35); Paul. 7 Resp. (fr. Vat. 101), 5 ad Plaut. (D. XXIV, 3, 55), 35 ad Ed. (D. XXIII, 3, 41. § 3);

tutela: Hermog. 2 Jur. Ep. (E. XXVI, 7, 50); Phil. im C. Just. V, 38, 4.

Und nicht minder wird auch jene normale Ordnung, daß die Liberirung des Debitor in Folge der durch casus oder resp. culpa levis herbeigeführten Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution dessen Gegenforderung nicht aufhebt, somit also eine Liberation des Creditor von dessen bezüglichen Debitum nicht zur Folge hat, nicht allein für den zufälligen Gegenanspruch, so namentlich wegen Impensen (§ 81), sondern auch für den gegnerischen Hauptanspruch bei wesentlich zweiseitigen Obligationen bekundet, und so zwar bezüglich des

emtor: Alfen. 2 Dig. (D. XVIII, 611);[1067]), Jul. 15 Dig. (D.

1066) Diese Stelle, welche ganz unzweideutig von der a. praescr. verb. handelt, wird von Mommsen, a. O. I, 391 auf die cond. caus. non sec. bezogen; vgl. A. 1018. Die cond. ob caus. selbst unterfällt übrigens gleichem Gesetze: bei A. 1671.

1067) Diese Stelle besagt: si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula (sc. vendita) custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset (puta incendium), nihil ad eum pertinebit. Danach nun ist zu beurtheilen Alfen. 3 Dig. a. Paul. epit. (D. XVIII, 6, 12. 14): lectos emtos aedilis, quum in via publica positi essent, concidit. Si traditi essent emtori aut per eum stetisset, quominus traderentur, emtoris periculum esse placet. Quod si neque traditi essent neque emtor in mora fuisset, quominus traderentur, venditoris periculum est. — Materia emta si furto perisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculo, — si minus, venditoris. Denn nach Maaßgabe der ersteren Stelle ist in der letzteren Stelle ebenso eine Verschuldung des Verkäufers da angenommen, wo venditoris periculo est, als auch da, wo emtoris periculo est, der Effect hiervon darein gesetzt, daß zwar der venditor, nicht aber der emtor von der Solution liberirt wird, da sonst Alfen. in der ersten Stelle nicht hätte sagen können: nihil ad venditorem pertinebit; vgl. Mommsen, a. O. I, 333. III, 310.

XVIII, 5, 5. § 2); Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 1. 34 § 6); J. Just. III, 23, 3; Diocl. im C. Just. IV, 48, 6; ſowie dementſprechend auch bezüglich des

Beſtellers der dos aestimata: Pomp. 14 ad Sab. (D. XXIII, 3, 15);

locator operis: Alf. 3 Dig. (A. 1078) bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33): si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilominus teneberis; Paul. not. zu Lab. 1 Pith. (D. XIV, 2, 10. pr.);[1068])

conductor operarum: Sev. und Car. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 9); vgl. Pap. 4 Resp. (D. I, 22, 4. XIX, 2, 19. § 10). ſowie A. 1063;

contractus emphytenticarius im Falle des partiellen Unterganges oder der Deterioration des emphytenticum: ſ. unter 2 e.

Von jener normalen Ordnung jedoch, daß die caſuelle Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution die Verbindlichkeit des Debitor reſp. aufhebt oder mindert, dagegen deſſen Gegenforderung intact beläßt, werden gewiſſe Ausnahmen ſtatuirt; und zwar ſind dieſelben

---

1068) Labeo ſagt: si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur; daß nun dieſe Entſcheidung ſicher nicht auf die natura negotii, ſomit aber auf das actum zwiſchen den Contrahenten ſich ſtützte, ergiebt Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 13. § 1). Und ſo nun präciſirt auch Paul. die Entſcheidung Labeo's in den Worten: quaeritur quid actum est: utrum pro his, qui impositi, an pro his, qui deportati essent, merces daretur. Der Schlußſatz von Paul. aber: quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium (ſomit: wenn der Verſender nicht die Verabredung erweiſen kann, daß nur für den ausgeführten Transport der Frachtlohn zu zahlen iſt, ſo genügt zur Begründung der Forderung des Schiffers auf ſolchen Frachtlohn der Beweis der Verladung des Frachtgutes) beſagt auf das Unzweideutigſte, daß, indem ipso iure der Verſender das Periculum trägt (bei A. 1061), derſelbe auch im Falle caſueller Vereitelung des Transportes den Frachtlohn zu zahlen hat, eine Entſcheidung, welche bei Beurtheilung dieſer Stelle gänzlich überſehen worden iſt von Mommſen, a. O. 382. Dahingegen gehört gar nicht hierher Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 15, § 6), da hier, wie zum Ueberfluſſe noch Ulp. cit. (D. cit. fr. 13. § 1) beſtätigt, gar kein Fall caſueller Vereitelung der Solution vorliegt, was von Schilling, Inſt. § 309 dd. Mommſen, a. O. 383 überſehen wird.

1. generiſchen Characters: gegeben in dem Satze, daß d Debitum von res fungibiles ſolcher Caſus ohne Einfluß auf d Schuldverbindlichkeit verbleibt;[1069]) und während nun nach dieſ Satze das entſprechende Schuldverhältniß bei dos aestimata,[10 commodatum aestimatum,[1071]) instrumentum rusticum locat aestimatum,[1072]) wie bei ſogen. depositum irregulare[1073]) ſ beſtimmt, ſo wird andererſeits davon wiederum abgewichen d der emtio venditio auf Grund des ganz abnormen Lehrſatzes d Sabinianer, daß bei Verkauf von res fungibiles die Perfection d Vertrages ſich hinausſchiebe auf den Moment des admetiri, a pendere, adnumerare;[1074])

2. ſpecifiſcher Beſchaffenheit, zu Tage tretend bei

a. negot. gestio, dafern der gestor eine von den geſchäftlich Principien des dominus negotii in Bezug auf die Vermöge Anlage abweichende Speculation unternimmt:

Proc. bei Pomp. 21 ad Qu. Muc. (D. III, 5, 11): interd etiam casum praestare debere (sc. neg. gestor veluti si novum negotium, quod non sit solitus abs facere, tu nomine eius geras, veluti venales novic coëmendo vel aliquam negotiationem ineundo;

1069) Ulp. 32. ad Ed. (D. XIX, 3, 1. § 1), wozu vgl. Schilling, I § 327 i. Eine Ausnahme ergiebt bei der societas, bedingt durch die Na dieſes Contractes, die datio rei aestimatae in commune: Ulp. 31 ad E (D. XVII, 2, 52. § 3).

1070) Lab. bei Jav. 6 ex Post. Lab. (D. XXIV, 3, 66. §. 3) und Pomp. 14 ad Sab. (D. XXIII, 3, 18); Gai. 11 ad Ed. prov. (D. XXIII, 42); Ulp. 34 ad Sab. (D. XXIII, 3, 10. pr. § 6); Paul. 8 Resp. (fr. V 114); Diocl. im C. Just. V, 12, 10. Justin. daſ. V, 13, 1. § 9. Hierun ordnet ſich auch der Fall, wo der Ehemann über die Dotalforderung e Novation eingeht: Ulp. 47 ad Sab. (D. XXIII, 3, 35) vgl. Arndts Pa § 406 Anm. 4.

1071) Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 3).

1072) Paul. 5 Resp. (D. XIX, 2, 14. § 2).

1073) Ulp. 34 ad Sab. (D. XII, 1, 4. pr.), 26 ad Ed. (D. XII, 1, 9. § Paul. 2 sent. rec. (Coll. X, 7, 9).

1074) Vgl. Schilling, Inſt. § 291. t. u. Die Beſchränkung, wel Mommſen, a. O. 340 aufſtellt, daß jener Satz nur da Platz greife, wo Ausſcheidung des Kaufobjectes aus einer größeren, beſtimmten Maße Frage ſtehe, wird durch die Quellen widerlegt, ſo z. B. Ulp. 28 ad S (D. XVIII, 6, 1. pr.); vgl. § 123.

b. venditio in dem Falle, daß das Kaufobject confiscirt ward, wo, indem die normale Ordnung zu dem Ergebniß führen würde, daß die Confiscation nicht den venditor träfe, den sie gesetzlich treffen soll, sondern den unschuldigen Dritten: den emtor, zur Abwendung solchen Widerspruches das periculum dem venditor auferlegt wird, obwohl unter der Besonderheit, daß die a. ex emto nicht auf quanti interest, sondern nur auf quanto minoris est: auf den gezahlten Kaufpreis gegeben wird (§ 80 unter A 2 b):

Alf. 3 Dig. (A. 1078) bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33): si vendideris mihi fundumis que, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex emto;

Afric. in h. l.: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi;

c. contractus aestimatorius, dafern der die Sache Vertreibende durch seine Offerte den Inhaber zur Eingehung solchen Geschäftes erst bestimmt hat:

Lab. und Pomp. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIX, 5, 17. § 1): si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi afferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditum[1075]) rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum;

Paul. sent. rec. II, 4, 4.

und gleichem Gesichtspunkte ordnet sich auch unter ein anderer Fall, wo jedoch mit dem contractus aestimatorius noch ein pactum de mutuo dando sich verbindet, bei

Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 1, 11. pr.) und Nerv. daſ., sowie 34 ad Sab. (D. cit. 4. pr.), wozu vgl. Schilling, Inſt. § 265 i;

d. locatio rei, inſofern dann, wenn durch casus die res locata zu Grunde geht oder wesentlich deteriorirt[1076]) wird, der locator

1075) Die Flor. lieſt venditor, Hal. venditorem; Schilling, animadvers. crit. ad div. iur. Just. loc. I. Lips. 1841. p. 5 sq. emendirt: venditionem oder de venditione; wegen obiger Leſung ſ. A. 243. — In ſachlicher Beziehung vgl. A. 1027. — Wegen Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. § 1) vgl. A. 1069.

1076) Alf. 2 Dig. (D. XIX, 2, 27. pr.)

nicht, wie normal, von ſeiner Verpflichtung zur Präſtation des frui oder uti licere liberirt wird, als vielmehr verhaftet bleibt,[1077]) obwohl unter der Beſonderheit, daß die a. conducti von dem normalen quanti interest auf das quanto minoris est (§ 80 unter A 2 c), ſomit auf Liberation oder Reſtitution der entſprechenden Quote des merces ſich mindert:

Serv. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 15. § 2): si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse; oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit; vgl. denſ. bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 35. pr.): si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario necne id opus demolitum est;

Alfen. 3 Dig. a Paul. epit. (D. XIX, 2, 30. pr. § 1): qui insulam XXX conduxerat, singula coenacula ita locavit, ut XL ex omnibus colligerentur; dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam; quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is, qui totam conduxerat, ex conducto ageret? Respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitum esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent rationem duci et tanti litem aestimari; sin autem non fuisset necesse domiliri, sed, quia melius aedificare

---

1077) Wenn Mommſen, a. O. 237. die Rechtsordnung ſtatuirt: durch die caſuelle Unmöglichkeit „wird das ganze obligatoriſche Verhältniß auf gehoben, ſo daß mit der Leiſtung auch die Gegenleiſtung wegfällt," ſo iſt dies incorrect; vielmehr wird das Rechtsverhältniß nicht aufgehoben: es wird die a. conducti auf frui licere gegeben, wie Serv. und Alfen beſagen nicht aber greift, wie nach Mommſen der Fall ſein müßte, cond. caus. fin Platz, wie ſolches Mela ausdrücklich bekundet, während bei Sev. und Ca (D. XIX, 2, 9. § 4): mercedes ut indebitas recuperabis nur brevilo quenter Sprachgebrauch vorliegt. — Dahingegen ordnet ſich gar nicht den obigen Geſichtspunkte unter die Rechtsordnung vom Remiß bei loc. cond praedii rustici, da hier weder eine durch Caſus vereitelte vertragsmäßig Leiſtung, noch auch res non fungibilis in Frage ſteht: Serv. bei Ulp. 32 a Ed. (D. XIX, 2, 15. § 2); Gai. 10 ad Ed. prov. (D. cit. fr. 25. § 6); Pa 4 Resp. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. cit. fr. 15. § 4); Ulp. cit. (D. cit. § 7 Wegen der leitenden Geſichtspunkte für dieſe Beſonderheiten ſ. § 123.

vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.

Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur; post tres menses incendio facto, respondit, posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret; 2 Dig. (D. cit. fr. 27. § 1);

Alf. 3 Dig. bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33):[1078]) si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes;

Mela bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 6): si quis, quum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit vel incendio consumta sit, pensionem residui temporis ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicturum;

Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33. 35. pr.); Gai. 10 ad Ed. prov. (D. cit. fr. 34. 25. § 2); Ulp. 32 ad Ed. (D. cit. fr. 15. § 7); Sev. und Car. bei Ulp. cit. (D. XIX, 2, 9. § 4. fr. 15. § 3); vgl. Car. im C. Just. IV, 65, 3;

e. contractus emphyteuticarius, wo nach Zeno im C. Just. IV, 66, 1., wozu vgl. J. Just. III, 24, 3 zwar in dem Falle des partiellen Unterganges oder der Deteriorirung des emphyteuticum die normale Ordnung Platz greift, daß, indem das periculum den Gläubiger (Emphyteuta) trifft, damit der Schuldner (dominus) von seiner Verpflichtung zur Prästation des Grundstückes liberirt wird, während der Emphyteuta zur Zahlung des vollen vectigal verpflichtet bleibt, dagegen in dem Falle des totalen Unterganges des Grundstückes zwar der dominus ebenfalls von seiner Pflicht zur

---

1078) Die nachstehende Passage enthält nicht eine Sentenz des Afric., was deutlichst erhellt aus dem nachfolgenden Satze: quemadmodum, inquit si etc.; vielmehr gehört dieselbe nach Afric. (D. cit. fr. 35. pr. § 1) einem Juristen an, welcher notae zum Serv. schrieb. Diesfalls aber kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die obige Passage ein Citat aus Alf. 3 Dig. enthält: Sanio, z. Gesch. d. röm. Rechtswissenschaft 74 fg.

Präſtation deſſelben liberirt wird, der Emphyteuta aber nicht, wie normal, auf Zahlung des vectigal verhaftet bleibt, vielmehr von ſolcher frei wird;

f. depositum von baar Geld im Falle der Einräumung der Befugniß, daſſelbe nach Belieben als Darlehn zu benutzen: Ulp. 34 ad Sab. (D. XII, 1, 4. pr.), wozu vgl. Schilling, Inſt. § 274 l.

Sodann nun die Rechtsordnung, welche an jenes periculum apud aliquem esse angeknüpft iſt, beſteht in der Zuweiſung des lucrum oder commodum oder praemium oder auch des quaestus oder compendium [109]) d. h. der Bereicherung. Denn indem dieſe letztere nach Maaßgabe von § 69 das Reſultat iſt der Verbindung der einen Unterart des Gewinnes, nämlich des Erwerbes mit dem Vortheile, ſo wird nun, entſprechend der dort conſtatirten Freiheit des Sprachgebrauches der Quellen ſolche Bereicherung auch hier vertreten durch die Begriffe von lucrum, quaestus und commodum, wie auch von compendium und praemium. Und zwar wird darunter inbegriffen diejenige Bereicherung, welche mittelſt der res debita vom Debitor gemacht ward, ohne demſelben durch den Vertrag überwieſen zu ſein, im Beſonderen aber einestheils die zur res principalis debita hinzugetretene, aber ablösbare vortheilhafte omnis causa (A. 753), inſoweit ſolche überhaupt zu ſelbſtſtändiger Exiſtenz gelangt d. h. nicht noch ein mit der erſteren zum einigen Ganzen verbundener Theil derſelben iſt, [1080]) ſomit fructus, [1081])

1079 Quaestus z. B.: Pomp. 11 ad Sab. (D. XIII, 6, 13. § 1); compendium z. B. Ulp. 34 ad Sab. (D. XXIII, 3, 10. § 1).

1080) So die nicht ſeparirten Früchte: Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 10). Ebenſo wird die bezüglich des Preisaufſchlages gültige Ordnung nicht durch den obigen Grundſatz, als vielmehr durch den Rechtsſatz in § 72 unter 1 b beſtimmt, obgleich ſie auf jenen geſtützt wird von Diocl. im C. Just. IV, 49, 12.

1081) Somit Früchte, ſo z. B. Pap. 3 Resp. (fr. Vat. 15), Diocl. im C. Just. IV, 49, 16. Zinſen: Lab. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. § 8), Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 2, 67. § 1), Erwerb durch den Sclaven, ausgenommen ex re possessoris: Jul. 1 ad Urs. Fer. (D. XXIX, 2, 45. § 1), 30 Dig. (D. XXVIII, 5, 38. § 5); Marc. not. in Jul. cit. (D. cit. fr. 39); Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 13. 18); Paul. sent. rec. II, 17, 7; Mieth- und Pachtgelder (ſ. A. 753): Pomp. 11 ad Sab. (D. XIII, 6, 13. § 1), Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 13), welche beide Stellen Mommſen, Erörter. I, 132. 135 fg. unrichtig beurtheilt, da nicht a. neg. gest., ſondern

wie accessiones im weiteren Sinne;[1082]) und anderentheils, im Falle der vom Debitor nicht vertretbaren Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution, der von demſelben dabei mittelſt der res debita gemachte Gewinn und zwar ebenſo erworbene actiones poenales oder Strafgelder,[1083]) wie erworbene reipersecutoriſche Klagen oder deren Klagobject, ſo Schadenerſatz, Kaufgelder oder dergl.[1084])

Solcher Grundſatz nun, daß der vom Schuldner mittelſt der res debita erlangte, nicht vertragsmäßige Gewinn dann dem Gläubiger zu reſtituiren ſei, wenn dieſer ſelbſt das Riſico der durch casus oder reſp. culpa levis des Schuldners herbeigeführten totalen oder partiellen Vereitelung der Solution zu tragen hat, findet ſeine Herrſchaftsſphäre in den bon. fid. negotia und in dieſen wiederum ausſchließlich, demgemäß nun die bon. fid. a. es

---

a. commodati und emti als Bereicherungsklagen in Frage ſtehen, und womit nicht in Widerſpruch ſteht Ulp. cit. (D. cit. § 11), da hier die bis zum Kaufabſchluſſe erwachſenen Miethgelder beſprochen ſind; vgl. Arndts Pand. § 253. A 2. Glück, Pand. XVII, 196. A. 74.

1082) Ulp. 34 ad Sab. (D. XXIII, 3, 10. § 1); insbeſondere partus ancillae z. B. Lab. bei Jav. 6 ex Post. Lab. (D. XXIV, 3, 66. § 3) und bei Pomp. 14 ad Sab. (D. XXIII, 3, 18); Paul. 8 Resp. (fr. Vat. 114), sent. rec. II, 17, 7; Alluvion: Paul. 5. 6 ad Sab. (D. XVIII, 6, 7. pr. XXIII, 3, 4), J. Just. III, 23, 3; thesaurus: Ulp. 31 ad Sab (D. XXIV 3, 7. § 12); pars adiudicata der res communis: Cels. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 17); Jul. bei Tryph. 11 Disp. (D. XXIII, 3, 78. § 4); Ulp. 20 ad Ed. (D. X, 3, 7. § 13); pars indebita: Gai. 3 ad Ed. prov. (D. III, 3, 46. § 4); Ulp. 10 ad Ed. (D. III, 5, 8. § 1); Paul. 20 ad Ed. (D. III, 5, 23); erloſchener Uſusfruct des Dritten: Paul. 6 ad Sab. (D. XXIII, 3, 4).

1083) Ofil. bei Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIV, 3, 18. § 1); Nerat. 3 Membr. (D. XIX, 1, 31. pr.); Jul. 3 ad Urs. Fer. (D. XVIII, 6, 13) und bei Ulp. 29 ad Sab. (D. XLVII, 2, 14. pr.); Pap. 12 Quaest. (D. XLVII, 2, 80. pr.), Def. bei Justin. im Cod. VI, 2, 22. § 3; Ulp. 32. 71 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 12. XLIII, 24, 11 § 9); Paul. sent. rec. II, 31, 17; J. Just. III, 23, 3.

1084) Rei vindic. oder cond. furtiva oder deren Object: Jul. bei Ulp. 29 ad Sab. (D. XLVII, 2, 14. pr.); Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XVIII, 1, 35. § 4); J. Just. III, 23, 3. a. aqu. pluv. arc. oder damni inf. oder deren Object: Pomp. 20 ad Sab. (D. XXXIX, 3, 16); Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 12); a. venditi oder Kaufgelder: Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 47); Paul. 31 ad Ed. (D. cit. fr. 2); adjudicirtes Aequivalent: Cels. 8 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 17); Ulp. 20 ad Ed. (D. X, 3, 7. § 13); Tryph. 15 Disp. (D. XXIII, 3, 78. § 4).

iſt, welche die Function der bezüglichen Bereicherungsklage übernimmt.[1085]) Und in ſolcher Anwendung allein wird denn auch jener Satz in den Quellen als maaßgebend hingeſtellt, nämlich bei

emtio vend. von Ner. 3 Membr. (D. XIX, 1, 31. pr.); Jul. bei Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 11. § 10) und 28 ad Sab. (D. XVIII, 2, 2. § 1); Ulp. 29 ad Sab. (D. XLVII, 2, 14. pr.), 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 11. § 9); Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 6, 7. pr.), 16 Quaest. (D. XVIII, 4, 21); J. Just. III, 23, 3. Alex. im C. Just. IV, 48, 1. Diocl. daſ. IV, 49, 12. vgl. Pomp. 9 ad Sab. (D, XIX, 1, 3. § 1); Pap. 27 Quaest. (D. XXII, 1, 4. § 1);

dos aestimata: Lab. bei Jav. 6 ex Post. Lab. (D. XXIV, 3, 66. § 3) und bei Pomp. 14 ad Sab, (D. XXIII, 3, 18); Paul. 8 Resp. (fr. Vat. 114); vgl. Proc. 8 Ep. (D. XXXI, 1, 48. pr.);

dos non aestimata: Ulp. 34 ad Sab. (D. XXIII, 3, 10. § 1);

1085) Jener Grundſatz wird behandelt von Ihering, Abhandl. I, wie Mommſen, Erörter. I. Der Letztere gelangt zu verfehlten Ergebniſſen ebenſo bezüglich des Inhaltes, wie der Sphäre jenes Satzes, und zwar in Folge der beiden Fehler, daß zunächſt jener Satz in eine quellenwidrige Beziehung geſetzt wird theils zu dem dinglichen Rechte (S. 98 fg. 108 A. 3. 112), theils zu den stricti iur. obligationes (S. 3. u. ö.), während doch derſelbe von den Quellen durchaus nur auf die bon. fid. negotia beſchränkt wird; und daß ſodann die Beziehung deſſelben zu den bon. fid. negotia unrichtig beurtheilt wird in Folge des Irrthums, das Fideicommiß ſei ein bon. fid. negotium (S. 28), während doch daſſelbe stricti iur. iſt: A. 1676. Dann wird S. 89 fg. der Grundſatz auf Rechtsverhältniſſe bezogen, welche gar nicht dieſem, als vielmehr dem Geſichtspunkte von § 82 unterfallen; und endlich S. 79 fg. 144 wird ganz außer Acht gelaſſen, wie doch der Moment, daß die Vereitelung der Solution nicht vom Debitor zu vertreten ſei, weſentliche Vorausſetzung der Geltung jenes Satzes iſt. Das endlich, was Mommſen ſelbſt an Stelle des obigen Satzes ſtellt, ſind rein caſuiſtiſche Regeln, die ſelbſt mehrfach auf ganz unhaltbare Vorausſetzungen geſtützt werden; denn Nichts kann z. B. unwahrer ſein, als der Ausſpruch (S. 59): daß bei denjenigen Obligationen, welche auf Leiſtung eines dem Gläubiger bisher fremden Gegenſtandes gerichtet ſind, es ſo angeſehen werde, als ob der geſchuldete Gegenſtand ihm ſchon gehöre: die a. emti hebt ſich doch ſcharf genug von der rei vindicatio ab. — Der obige Grundſatz erleidet außerdem auch noch Anwendung auf die lex commissoria: Nerat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XVIII, 3, 4. § 1).

vgl. Jul. 1 ad Urs. Fer. (D. XXIX, 2, 45. § 1); Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIV, 3, 7. § 12);

societas: Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 2, 67. § 1);

mandatum: Lab. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. § 8);[1086])

commodatum: Pomp. 11 ad Sab. (D. XIII, 6, 13. § 1); Pap. Def. bei Justin. im Cod. VI, 2, 22. § 3;

und ebenſo auch zur Anwendung gebracht bei depositum, pignus, wie neg. gestio.[1087])

Nach Alle dem aber regelt der Grundſatz: ubi periculum, ibi et lucrum collocatur den Sachverhalt, wo der Schuldner in einem bon. fid. negotium nach deſſen Begründung mittelſt der res debita einen nicht vertragsmäßigen Gewinn auf Unkoſten des Gläubigers erlangte, und wo nun der dieſelbe vermittelnde Rechtserwerbmodus in concreto um deßwillen einen zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrund für jene Bereicherung nicht ergiebt, vielmehr dieſelbe als iniquitas qualificirt, weil in dem betreffenden Contracts- oder Quaſicontractsverhältniſſe das Riſico der durch casus oder reſp. auch culpa levis des Schuldners herbeigeführten totalen oder partiellen Vereitelung der Solution auf Grund der natura negotii dem Gläubiger zur Laſt fällt. Dagegen erleidet jener Satz auch bei bon. fid. negotia inſoweit keine Anwendung auf die fructus, als ſolche durch Vertrag oder natura negotii dem das periculum nicht tragenden Theile beſonders überwieſen ſind, wie bei dos und locatio cond. rei.

Die Rechtsordnung endlich, welche mit jenem Thatbeſtande verknüpft iſt, tendirt auf Beſeitigung ſolcher iniquitas: die Bereicherung ſelbſt wird dem jenes Riſico tragenden Gläubiger zugeſprochen. Und indem in ſolchem Falle die bon. fid. a. die Function ſolcher

1086) Vgl. auch Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. § 3): si procurator meus — pecuniam meam foenori dedit usurasque consecutus est, consequenter dicemus debere eum praestare quantumcunque emolumentum sensit, sive ei mandavi, sive non, quia bonae fidei congruit, ne de alieno lucrum sentiat.

1087) Depositum z. B. Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 24. 47); Paul. 31 ad Ed. (D. cit. fr. 2). Pignus z. B. Ulp. 30. 52 ad Ed. (D. XIII, 7, 22. § 2. XXXVI, 4, 5. § 21); Sev. und Car. im C. Just. IV, 24, 1. Alex. daſ. c. 2. 3. Diocl. daſ. c. 12. VIII, 25, 2. Negot. gestio z. B. Ulp. 10 ad Ed. (D. III, 5, 8. § 1); Paul. 20 ad Ed. (D. III, 5, 23); Alex. im C. Just. III, 23, 3. Diocl. daſ. II, 19, 19.

Bereicherungsklage übernimmt, so gewinnt nun insoweit dieselbe die Richtung auf Restitution jener vom Schuldner erworbenen Bereicherung, sei dies im Wege der Tradition oder der Klag-Cession oder auch je nach Lage der Sache der Bestellung einer Caution (A. 1083. 1084), und dies zwar im Betrage des id quod pervenit (§ 81 unter II D c), wie dieses namentlich bekunden:

Cels. 8. Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 1); Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 47); Paul. 31 ad Ed. (D. cit. fr. 2).

§ 90.

Die bon. fid. actio als Organ der beiderseitigen Partei-Interessen.

Der dritte in § 82 dargelegte Untersatz der aequitas: das Verbot, daß aus der Geltendmachung eines Anspruches nicht eine iniquitas bezüglich des Mitinteressenten nach Maaßgabe der in § 80 und 81 gegebenen Untersätze, somit sei es eine ungerechtfertigte Schädigung des Letzteren, sei es eine ungerechtfertigte Bereicherung des Interessenten selbst resultire; das Postulat somit, daß nach dieser doppelten Richtung hin ebensowohl gegenüber dem geltend gemachten Anspruche der connexe Gegenanspruch des Mitinteressenten, als auch gegenüber dem Anspruche, wie dem Gegenanspruche das Interesse des anderen Theiles zu berücksichtigen und zu wahren sei, gewinnt seine vollkommenste und reinste, seine allseitige und durchgreifendste Ausprägung in der bon. fid. a., die so nun zum berufsmäßigen Organe jenes Untersatzes der aequitas sich erhebt:

Gai. III, 137: in his contractibus (sc. qui consensu fiunt) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur; 3 Aur. (D. XLIV, 7, 5 pr.): actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet; — — actiones — negotiorum gestorum, quibus aeque invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet.

Und zwar gewinnt hier ſolche Ordnung die characteriſtiſche Geſtaltung, daß die Berückſichtigung und maaßgebende Anerkennung ebenſo des connexen Gegenanſpruches, wie des collidirenden Intereſſes des Mitpaciscenten dem officium iudicis inliege oder, was daſſelbe beſagt, unabhängig von einer ſpeciell bezüglichen Clauſel der Formula und insbeſondere von einer exceptio, vielmehr pro iure zur judiziellen Geltung gelange. Und dieſe Ordnung nun iſt es, welche die röm. Jurisprudenz in die Sentenzen kleidet: officio iudicis bonae fidei actionis exceptio continetur[1088]) oder bonae fidei iudicio exceptio inest[1089]) oder auch, daß ein Gegenanſpruch oder Gegenintereſſe ipso iure zur Geltung gelange.[1090]) Der obige Unterſatz ſelbſt aber der aequitas äußert nach § 82 in einer zwiefachen Richtung ſeine Wirkſamkeit, dementſprechend nun auch jene ipso iure eintretende Geltung der bezüglichen Einrede eine zwiefältige Ausprägung bei der bon. fid. a. gewinnt, und zwar zuvörderſt

I. dafern innerhalb des bon. fid. negotium zwei connexe Anſprüche nach Maßgabe der aequitas collidirend einander gegenüberſtehen. Und dieſes Verhältniß tritt wiederum in doppelter Geſtaltung zu Tage, nämlich

A. als Einrede des gegneriſcher Seits nicht erfüllten Contractes bei weſentlich zweiſeitigen Obligationen, ſomit alſo im Falle der Colliſion von Haupt- mit Haupt-Anſpruche, darauf beruhend, daß der Kläger die durch das Recht geſetzte ſucceſſive

---

1088) Gai. IV, 63: quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur; Paul. 7 Resp. (fr. Vat. 94): doli mali exc. officio iudicis rei uxoriae continetur; vgl. Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. pr.); Paul. 9 ad Ed. (D. III, 5, 7), wie auch Pomp. 5 ad Sab. (D. XXVII, 3, 3).

1089) Jul. 33 Dig. (D. XXX, 1, 84. § 5): hoc iudicium bonae fidei est et continet in se doli mali exceptionem, und bei Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 5, 3): bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt; Ulp. 3 Disp. (D. XXIV, 3, 21): doli exceptio inest in bonae fidei iudiciis; 4 ad Ed. (II, 14, 7. § 6): bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt.

1090) So die Mehrzahl der obigen Citate. Beſonders characteriſtiſch ſind Jav. 15 ex Cass. (D. XLVII, 2, 71. pr.) und Jul. 3 ad Urs. Fer. (D. XIX, 1, 26); dann auch Paul. 3 ad Plaut. (D. X, 3, 14. § 1) in A. 998.

Aufeinanderfolge der beiden Leiſtungen mißachtete,[1091]) reſp. nach ſpäterem Rechte mit ſeiner Klage nicht das Erbieten zur Erfüllung der ihm ſelbſt obliegenden ſpäteren Leiſtung verband,[1092]) und wo nun defensio ipso iure Platz griff (Beil. XXI A. 93), wo-neben die ſpätere Zeit erſteren Falles eine exc. mercis non traditae, letzteren Falles aber exc. doli ſtellte.[1093])

B. als Einrede der Compenſation, ſomit der Anforderung auf proceſſualiſche Berückſichtigung des dem Klaganſpruche entgegenſtehenden geeigneten Nebenanſpruches des Beklagten. Und zwar ſtützt ſich ſolche Qualification der Gegenforderung, nach Maaßgabe der aequitas innerhalb der bon. fid. a. ipso iure zur Geltung zu kommen, darauf, daß dieſelbe innerhalb des dem Klaganſpruche zu Grunde liegenden bon. fid. negotium auf der Grundlage eines der Rechtsſätze beruht, welche die aequitas ſelbſt in Repreſſion der ungerechtfertigten Schädigung, wie Bereicherung nach Maaßgabe von § 80 und 81 aufgeſtellt hat, demgemäß nun daraus für ſolche Gegenerforderung ohne Weiteres die drei Merkmale ſich ergeben: der Begründung derſelben durch einen jener Rechtsſätze der aequitas, des Zuſammentreffens ſodann mit der Vorforderung innerhalb des bon. fid. negotium und der Connexität endlich der beiden gegenüberſtehenden Forderungen. Und indem ſolche Compenſation der aequitas wiederum in der dreifachen Conſtellation auftritt: theils als compensatio culpae, theils als compensatio debiti, und diesfalls wiederum als Compenſation theils des eigenen damnum, theils des gegneriſchen lucrum mit dem debitum, ſo wird nun in ſolcher Beziehung jene Rechtsordnung der ipso iure zukommenden proceſſualiſchen Geltung bezüglich der Compenſation im Allgemeinen bekundet durch

1091) In Frage kommen nur emtio vend. und locatio cond., wo nun res oder operae die Vorleiſtung, pretium oder merces die Nachleiſtung bilden: Varr. RR. II, 2, 6. Paul. 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 24. § 2); vgl. A. 1093. 1394.

1092) Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 8), Paul. 5 Quaest (D. XXI, 1, 57 pr.). Hier tritt dann neben emtio vend. und locatio cond. noch die societas.

1093) Jul. 54 Dig. (D. XIX, 1, 25); Gai. IV, 126ᵃ; Paul. 71 ad Ed. (D. XLIV, 4, 5. § 4). — Carac. im C. Just. VIII, 45, 5. Vgl. Arndts, Pand. § 234, 2. Keller, Civ. Pr. A. 423. Im Allgemeinen ſ. A. 1562.

J. Just. IV, 6, 30: in bonae fidei — iudiciis libera potetestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, condemnari debeat; § 39: compensationes quoque oppositae plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quam ei debeatur; namque ex bono et aequo habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare licet; vgl. Gai. IV, 61;

Gai. IV, 63: iudici tamen horum iudiciorum compensationis rationem habere non ipsis formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur; vgl. Cic. Top. 17, 66;

sowie in ihrer Extenſion auf den fideiussor von

Nerat. und Pomp. bei Paul. 3 ad Sab. (D. XVI, 2, 4): ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest; sicut enim quum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem, quam reus condemnari potest; vgl. A. 1606.

Im Beſonderen aber wird ſolche Ordnung beſtätigt bezüglich der compensatio culpae von

Ulp. 63 ad Ed. (D. XVI, 2, 10. pr.): si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos, ipso iure compensatione negligentiae facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri et ipso iure invicem liberationem; vgl. 30 ad Ed. (D. XIII, 7, 22. § 4); Paul. 5 ad Plaut. (D. XVIII, 1, 57. § 3);

ſodann bezüglich der Compenſation des damnum mit dem eigenem debitum bei Gegenanſpruch wegen mora accipiendi von Marcell. 20 Dig. (D. XLVI, 3, 72. pr. ſ. § 86 unter I B 1a); oder bei Gegenanſpruch wegen der im Falle der mora solvendi anderwärts als am vereinbarten Solutionsorte erhobenen Klage von Ulp. 28 ad

Ed. (D. XIII, 6, 5. pr. f. § 86 unter I A 5), und bei Gegenanſpruch wegen Eviction von res dotalis aestimata von Paul. 7 Resp. (fr. Vat. 94 f. A. 1038);

endlich bezüglich der Compenſation des vom Gegner zu reſtituirenden lucrum mit dem eigenem debitum: bei Gegenanſpruch wegen Bereicherung durch Erwerb mit vitiöſer causa, ſo mit finita causa von Jul. 3 ad Urs. Fer. (D. XIX, 1, 28), mit falsa causa von Jul. 33 Dig. (D. XXX, 1, 84. § 5. f. A. 1089)[1094]) oder mit furtiva causa von Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 1, 30. pr.); ingleichen bei Gegenanſpruch wegen impensae necessariae, inſofern ſolche verwendet ſind auf das zu reſtituirende lucrum von Lab. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. § 9); Jul. 8 Dig. (D. X, 2, 51. pr.); Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIV, 3, 7. pr.); Diocl. im C. Just. VII, 51, 1, oder auf die zu reſtituirende res principalis,[1095]) ſo z. B. von Lab. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. § 9); Jul. 3 ex Min. (D. XLVII, 2, 59); Pomp. 35 ad Sab. (D. XIII, 7, 8. pr.); Paul. 5 ad Sab. (D. XLVII, 2, 15. § 2), 3 ad Plaut. (D. X, 3, 14. § 1); Diocl. im C. Just. IV, 35, 11. vgl. § 91.

Im Uebrigen aber tritt innerhalb ſolcher Ordnung das höchſt beachtenswerthe Geſetz zu Tage, daß jene ipso iure zur proceſſualiſchen Geltung kommende Compenſation der aequitas nur inſo-

---

1094) So iſt auch zu verſtehen, wenn Paul. 3 ad Sab. (D. XIX, 1, 5 § 1) u. A. von exc. doli mali ſprechen.

1095) Wegen der impensae auf die zu reſtituirenden fructus vgl. A. 1661. — Gegenforderungen wegen impensae utiles und voluptuariae auf die res debita gelangen nicht ipso iure, ſondern ebenſowohl nur ope exceptionis, als auch nur auf Grund ſpeciellen Rechtstitels: Mandat oder negot gestio zur Geltung, ſo bei a. mandati: Lab. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. § 10), Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 3, 3. § 4); bei a. locati: Scaev. 7 Dig. (D. XIX, 2, 61. pr.); bei a. rei uxoriae: Ulp. 36 ad Sab. (D. XXV, 1, 7 § 1. fr. 9.), Paul. 7 ad Sab. (D. XXV, 1, 8); Marc. 3 Reg. (D. XXXIII, 4, 5); Justin. im Cod. V, 13, 1. § 5. vgl. Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 4), Marcell. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 9. § 4); vgl. § 132. A. 1049. Und Gleiches gilt von den Impenſen, welche nicht auf die res debita, doch aber im anderweiten Intereſſe des Gläubigers aufgewendet ſind: Ulp. 3 Disp. (D. XXIV, 3, 21), wozu vgl. 36 ad Sab. (D. XXV, 1, 1. § 2 fr. 5. pr.). Hier allenthalben fehlt ſomit die eadem causa und alſo auch die Connexität: § 81.

weit Platz greift, als die Verwendung der bon. fid. a. als Schäden- oder als Bereicherungs-Klage nach Maaßgabe von § 86—89 reicht. Denn wenn auch dieſes Geſetz innerhalb der Sphäre der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung in ſeiner Geltung verdeckt wird durch den Umſtand, daß für alle Fälle ſolcher durch die aequitas reprimirten Schädigung (§ 80) zugleich die bon. fid. a. die Function einer entſprechenden Schädenklage übernimmt (§ 86. 87), ſomit aber auch in allen jenen Fällen jene Compenſation ipso iure Platz greift, ſo gewinnt doch jenes Geſetz ſeine durchaus prägnante Ausprägung innerhalb der Sphäre der ungerechtfertigten Bereicherung, indem es hier eine weſentliche Beſchränkung der Sphäre der Compenſation ipso iure ergiebt; denn indem gegenüber den zahlreichen Fällen der durch die aequitas reprimirten Bereicherung (§ 81) nur bei einer geringeren Anzahl derſelben die bon. fid. a. die Function der Bereicherungsklage übernimmt (§ 88. 89), bei den übrigen Fällen dagegen nur durch Specialklagen, nicht aber durch bon. fid. a. die Wiederaufhebung der Bereicherung vermittelt wird (§ 91 fg.), ſo greift nun innerhalb dieſer letzteren Sphäre, inſoweit dabei nach der Natur des betreffenden Rechtsverhältniſſes an ſich überhaupt ein connexer Gegenanſpruch möglich iſt, nicht die Compenſation ipso iure Platz, als vielmehr es vermittelt ſich inſoweit die Compenſation, entſprechend wie bei der Vindication mittelſt formula petitoria (A. 998), durch das Rechtsmittel der exc. doli mali. Dies aber wird bekundet bezüglich der Bereicherung des Pupillen oder furiosus durch ein von denſelben ohne Mitwirkung des Tutor oder Curator abgeſchloſſenes Rechtsgeſchäft (§ 91):

Gai. II, 84: si debitor pecuniam pupillo solvat (sc. sine tutore auctore), — — si ex ea pecunia locupletior factus sit et adhuc petat, per exceptionem doli mali summoveri potest;

Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 4); Paul. 6 Sab. (D. XLVI, 3, 15); Hermog. 6 Jur. ep. (D. XLIV, 4, 16); J. Just. II, 8, 2. Theoph. in h. l.;

ingleichen für die Bereicherung des Bevormundeten durch ein vom Tutor oder Curator dolo malo abgeſchloſſenes Rechtsgeſchäft (§ 92 unter II D):

Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 23. 25): illa etiam quaestio

ventilata est apud plerosque, an de dolo tutoris exceptio pupillo experienti nocere debeat. Et ego puto utilius, et si per eas personas pupillis favetur, tamen dicendum esse sive quis emerit a tutore rem pupilli, sive contractum sit cum eo in rem pupilli, sive dolo quid tutor fecerit et ex eo pupillus locupletior factus est, pupillo nocere debere. — — Eadem in curatore quoque furiosi dicenda erunt, sed et in prodigi vel minoris XXV annis;

wie nicht minder für die Bereicherung des Gewalthabers durch ein mit einer versio in rem domini verbundenes (§ 91) oder dolo malo abgeschlossenes (§ 92 unter II B) Rechtsgeschäft des Gewaltuntergebenen.[1095a])

II. Sodann gewinnt jene Ordnung, daß die Einrede ipso iure zur Geltung gelangt, ihre Ausprägung in dem Falle, daß die Geltendmachung an sich eines gegebenen Anspruches aus einem bon. fid. negotium eine ungerechtfertigte Bereicherung des Betreffenden auf Unkosten des anderen Theiles oder eine ungerechtfertigte Schädigung des letzteren nach Maaßgabe der Sätze in § 80 und 81 involviren würde, somit aber innerhalb des nämlichen Rechtsanspruches, sei dies Vor-, sei es Gegenanspruch die Interessen der beiden Parteien auf Grund der aequitas collidirend einander gegenübertreten:

Gai. III, 137: in his contractibus (sc. qui consensu fiunt) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet;

Inst. Just. III, 24, 5: conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare.

Im Besonderen aber, dafern jener der aequitas widerstreitende Effect des erhobenen Anspruches ein gegenwärtiger ist d. h. sofort mit dessen Erfüllung eintreten würde, wird solcher Anspruch selbst als nicht rechtbeständig, sei es als rescissibel, sei

1095a) Vgl. Proc. bei Paul. 30 ad Ed. (D. XIV, 3, 17. § 4), sowie anderntheils Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 17): in hac. exceptione (sc. doli mali) — excipere possumus et de eorum dolo, quibus aequiritur (sc. per eorum iuri subiectas personas).

es als nichtig behandelt und die Geltendmachung dieſer Einrede, entſprechend dem obigen Geſetze, ipso iure dem Bedrohten nachgelaſſen. Demgemäß greift daher ſolche ipso iure zur Geltung kommende Reſciſſibilität Platz, dafern durch vis[1096]) oder dolus malus[1097]) der erhobene Anſpruch begründet ward, wohingegen in gleicher Maaße Nullität eintritt, dafern ſolcher Anſpruch durch Benützung des relevanten: des tolerabelen, ſchädigenden, wie weſentlichen Irrthums in der Willensbeſtimmung des Mitcontrahenten begründet wird, eines Irrthums ſomit, der, ohne Diſſens zu erzeugen, einen weſentlichen thatbeſtändlichen Moment betrifft und ſo nun entweder error in corpore des Mitcontrahenten oder der res principalis oder error in substantia oder in sexu des Sclaven insbeſondere iſt;[1098]) dann wiederum, dafern ſolcher Anſpruch auf eine Präſtation ſich richtet, von welcher nach Maaßgabe der Rechtsſätze in § 86—89 der Verpflichtete liberirt worden iſt, ſo z. B. bei mora accipiendi[1099]) oder bei nicht vertretbarer Vereitelung der Solution.[1100]) Und ſo greift ſolche iso iure zur

1096) Sev. im C. Greg. II, 1: ea, quae per vim et metum gesta sunt, — irrita esse; Carac. daſ. c. 2; Alex im C. Just. IV, 44, 1: si pater tuus per vim coactus domum vendidit, ratum non habebitur, quod non bona fide gestum est: malae fidei enim emtio irrita est; Diocl. daſ. c. 8.

1097) Diocl. im C. Just. IV, 44, 5: si dolo adversarii deceptum venditionem praedii te fecisse praeses provinciae aditus animadverterit, sciens contrarium esse dolum bonae fidei, quae in huiusmodi maxime contractibus exigitur, rescindi venditionem iubebit; und daſ. c. 8. Dann in gleichem Sinne Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 16. § 1): si — circumscriptus societatem coierit, — nullam esse societatem, und bei Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 2, 3. § 3), ſowie Jul. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. pr.): nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est; vgl. A. 205. Andererſeits wiederum Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 5): si quis fugitivum esse sciens emerit servum, — ex emto actionem non haberet, und Licin. Ruf. 8 Reg. (D. XVIII, 1, 70), J. Just. III, 23, 5. Endlich auch Paul. 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 24. pr.) in A. 937. Vgl. Burchardi, Wiedereinſetzung 335 fg. Bangerow, Pand. III, 605. A. 1. Windſcheid, Pand. § 79, 6.

1098) Vgl. Voigt im Arch. f. civil. Prax. LIV, 214 fg.

1099) Marcell. 20 Dig. (D. XLVI, 3, 72. pr.): si servus erat in dote eumque obtulit maritus et is servus decessit aut numos obtulit eosque non accipiente muliere perdiderit, ipso iure desinet teneri.

1100) Alex. im C. Just. IV, 24, 6: quae fortuitis casibus accidunt, quum praevideri non potuerant, — nullo bonae fidei iudicio praestantur

Geltung kommende Nullität auch auf Grund des Geſichtspunktes der vitiöſen ſecundären causa der intendirten Solution Platz und zwar ebenſowohl der causa finita, inſoweit als der Berechtigte die materielle Befriedigung wegen ſeines Forderungsrechtes bereits erlangt hat, gleichwohl aber mittelſt concurrirender Klage noch Anſpruch auf Solution erhebt, und wo nun ſolche Klagenconcurrenz nach Maaßgabe des Grundſatzes geregelt wird:

Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur: Gai. 18 ad Ed. prov. (D. L, 17, 57); vgl. Jul. 56 Dig. (D. XLVI, 8, 22. § 6): ne bis eadem praestet, [1101])

nicht minder aber auch, dafern der Klaganſpruch auf falsa [1102]) oder iniusta [1103]) oder turpis causa [1104]) beruht.

---

et ideo creditor pignora, quae huiusmodi casu interierunt, praestare non compellitur.

1101) So im Einzelnen: Jav. 15 ex Cass. (D. XLVII, 2, 71. pr.): si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest; et si furti actum est, commodati actio extinguitur, si commodati, actioni furti exceptio obiicitur; Jul. 3 ad Urs. Fer. (D. XIX, 1, 28): praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem, quod si non fecissem, poenam promisi. Respondit: — — si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris, nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri; Ulp. 30 ad Sab. (D. XVII, 2, 47. pr.): si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio, nisi si pluris mea intersit; Paul. de Conc. Act. (D. XLIV, 7, 34. § 1). Dagegen bei Ulp. 43 ad Sab. (D. XII, 6, 23. § 3): si quis post transactionem nihilo minus condemnatus fuerit, dolo quidem id fit, sed tamen sententia valet; potuit autem quis, si quidem ante litem contestatam transegerit, volenti litem contestari opponere doli exceptionem; sed si post litem contestatam transactum est, nihilo minus poterit exceptione doli uti post secuti iſt exc. doli ſtatuirt, weil die Sentenz, generell gehalten iſt; allein inſoweit bon. fid. a. in Frage ſteht, greift defensio ipso iure Platz. Das Herbeiziehen des Principes der proceſſ. Conſumtion für Beurtheilung obiger Stellen bei Buchka, Einſl. des Proz. I § 3 halte ich für verfehlt: theils für unfruchtbar, theils für falſch: denn wie ſoll z. B. bei Jav. cit. die a. furti res iudicata für die a. commodati ergeben, da doch eadem questio ſicher nicht vorliegt: A. 1698. Im Uebrigen vgl. A. 1668. 1699.

1102) Jul. 33 Dig. (D. XXX, 1, 84. § 5): qui servum testamento sibi legatum ignorans eum sibi legatum ab herede emit, si cognito legato ex testamento egerit et servum acceperit, actione ex vendito absolvi debet, quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem; und ebenſo bei Paul. 3 ad Sab. (D. XIX, 1, 5. § 1); si falso existimans (sc.

Insoweit dagegen der geltend gemachte Anspruch erst in der Zukunft mit einer der aequitas widerstreitenden Verletzung den Mitinteressenten bedroht, wird zu Gunsten des Letzteren nach Maaßgabe von § 82 unter II 2 dem Gegner eine stipulatio iudicialis auferlegt:

Paul. 6 ad Sab. (D. XVII, 2, 38. pr.): pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futurum damno vel lucro pendenti ex ea societate. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt, velut pro socio, negotiorum gestorum, tutelae, sive specialia, veluti mandati, commodati, depositi;

vgl. Pap. 11 Quaest. (D. V, 1, 41), sowie Schilling, Inst. § 256 f.

§ 91.

C. Die Specialklagen wegen der anderweiten Fälle einer ungerechtfertigten Bereicherung.

Die actio de in rem verso und utilis ex contractu vel quasi auf quanto locupletior factus est.

Der nach § 81 von der aequitas reprobirte Thatbestand der Bereicherung durch ein an und für sich nicht rechtsverbindliches

---

heres) se damnatum vendere vendiderit dicendum est agi cum eo ex emto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest, wo exc. doli nicht im processualischen Sinne steht. Endlich auch Nerat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XXI, 2, 37. § 2): si simplam pro dupla per errorem stipulatus sit emtor, re evicta consecuturum eum ex emto quanto minus stipulatus sit, wo omissio ex falsa causa (s. Voigt, Cond. ob caus. 399 fg.), somit Thatbestand der cond. indebiti vorliegt und wo nun eine zwiefache theoretische Ordnung sich verwirklicht: einmal nämlich indem die omissio als nicht rechtsbeständig behandelt und rescindirt wird: und insofern subsumirt sich diese Ordnung dem hier maaßgebenden Gesichtspunkte; und sodann indem die Modalität solcher Rescission die ist, daß die omittirte Stipulation als geleistet behandelt und entsprechende Klage auf promittenda ertheilt wird, so verwirklicht sich zugleich die in § 81 maaßgebende Ordnung der Restitution der Bereicherung.

1103) So z. B. Ulp. 40 ad Ed. (D. XXVI, 8, 5. § 3).

1104) Pap. 28 Quaest. (D. XXII, 1, 5); Ulp. 30. 31 ad Ed. (D. XVI, 1. § 7. XVII, 1, 12 § 11).

negotium umfaßt zunächſt die beiden Fälle der Bereicherun
einestheils des Gewalthabers durch ein ohne iussus, wie außer
halb der Sphäre der administratio peculii von dem Gewa
untergebenen, wie anderntheils des Pupillen oder furiosus du
ein von demſelben ohne Concurrenz des Tutor oder Curator
geſchloſſenes negotium.[1105]) Und indem aus ſolchem Thatbeſtan
für den Bereicherten die Verpflichtung zur Reſtitution der
gerechtfertigten Bereicherung erwächſt, ſo dienen nun als die
züglichen Rechtsmittel die betreffenden Contracts- oder Quas
contracts-Klagen mit gewiſſen techniſchen Modificationen
zwar dort als a. de in rem verso, hier als a. utilis ſchlechth
Und zwar gewinnt ſolche Eigenthümlichkeit der erſteren Kl
ihre proceſſualiſche Ausprägung theils durch die ſubjective U
ſtellung in der formula,[1106]) theils durch die taxatio auf „du
taxat quod in rem Num. Negidii versum est“ und reſp.: „pr
terea et si quid dolo malo Num. Negidii captus fraudatus
Aul. Agerius est“ (§ 81 unter II B, ſowie Beil. XX A. 28),
gegen die letztere Klage, abgeſehen von der bezüglichen Form
lirung der demonstratio, durch die taxatio ſich characteriſirt
„dumtaxat quanto Num. Negidius locupletior factus est“ (§
unter I A). Im Uebrigen aber ward die Bereicherung bei
erſteren Klage nach dem Maaßſtabe des id quod pervenit,
bei der letzteren Klage nach dem Maaßſtabe des quanto locuple
factus est bemeſſen, ſo daß zwar bei letzterer, nicht aber bei erſt
Klage der ſpätere Verluſt der Bereicherung bis zu der Lit. C
relevant iſt d. h. das Reſtitutionsobject mindert (§ 81).

1105) Dem ſteht gleich die Nichtigkeit der vom Tutor wirklich inter
nirten auctoritas: Ulp. 1 ad Sab. (D. XXVI, 8, 1. pr.), wie der Fall
Bereicherung durch das von dem ohne tutor. auctoritas eingeſetzten ins
abgeſchloſſene Rechtsgeſchäft: Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XV, 3, 10).
über ſolche Klage Heimbach, Creditum 190 fg. Bangerow, Pand. I.
fg. Puchta, Pand. § 237 h. Sell, Verſ. I, 50 fg.

1106) Keller, Civ. Pr. § 32. Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 3, 3. § 1. 2).

1107) Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIV, 5, 1) characteriſirt dieſe Richt
als: in quantum ex bono et aequo res patitur. — Löwenfeld, Die ſel
ſtändige a. de in rem verso, 37. 42, den Charakter als Bereicherungs
leugnend, tritt dadurch in Widerſpruch theils mit ſich ſelbſt: S. 47, th
mit den Quellen: Jav. 12 ex Cass. (D. XV, 3, 2), Pomp. bei Ulp. 29 ad
(D. cit. 10. § 7), Ulp. cit. (D. cit. 3. § 2) u. a., theils mit der obigen Kl
clauſel.

Sodann tritt hierzu noch als dritter Fall die Bereicherung vom Peculium des unmündigen Gewaltuntergebenen durch ein von demselben abgeschlossenes negotium, wo nun die Verhaftung des Gewalthabers mit der a. de peculio, entsprechend wie die des Pupillen, auf das Maaß des quanto locupletius factum est peculium sich verringert,[1108]) solche Besonderheit aber eine eigene jurisdictionelle Ausprägung nicht erfährt.

Demnach prägt in allen drei Klagen übereinstimmend der Grundgedanke sich aus, daß das locupletiorem factum esse cum damno alterius das an sich nicht rechtsverbindliche negotium für den Bereicherten bis zu dem Maaße der dadurch erlangten Bereicherung rechtsverbindlich macht, und zwar unter der Modalität, daß normaler Weise die betreffende directa actio in eine utilis sich verwandelt.

Die Bereicherung an sich aber wird bezüglich der a. de in rem verso in verschiedener Maaße von der römischen Jurisprudenz bestimmt: denn die eine und zwar die ältere Lehrmeinung stützt dieselbe auf den nämlichen Thatbestand, wie bei der Bereicherung durch Impensen (s. A. 1049. 1095): nur die nothwendige, nicht auch die nützliche Verwendung wird als Bereicherung anerkannt:

Gai. IV, 73 (J. Just. IV, 7, 4): in rem — patris dominive versum intellegitur quidquid necessario in rem eius impenderit filius servusve;

dagegen eine jüngere Lehrmeinung erkannte auch die nützliche Verwendung als Bereicherung an:

Pomp. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 3, 5. pr.); Ulp. cit. (D. XV, 3, 3. § 2. 4. fr. 5. § 2).

Insbesondere aber in dem Falle, daß durch einen vom Ge-

1108) Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 1. § 4): si cum impubere filio familias vel servo contractum sit, ita dabitur in dominum vel patrem de peculio, si locupletius eorum peculium factum est. Dahingegen bei Diocl. im C. Just. IV, 26, 11: cum ancilla contrahenti — adversus dominum in quantum locupletius eius peculium factum est — dandam actionem non ambigitur ist gewiß nur eine negligente Ausdrucksweise (A. 923), nicht aber eine gleiche Beschränkung der a. de peculio anzunehmen, da selbst bei den in tutela mulierum stehenden Frauen die Beschränkung der Klage auf quanto locupletior facta est nicht Platz greift.

waltuntergebenen abgeſchloſſenen Kauf der Gewalthaber bereichert ward, wird von jener älteren Lehrmeinung bei Differenz zwiſchen dem Markt- und Kaufpreiſe des verwendeten Objectes der niedrigere von beiden als Quantum der Bereicherung anerkannt:

Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XV, 3, 12): si fundum patri dominove emit servus vel filius familias, versum quidem esse videtur, ita tamen ut sive minoris sit, quam est emtus, tantum videatur in rem versum, quanti dignus sit, sive pluris sit, non plus videatur in rem versum, quam emtus est;

wohingegen jene jüngere Lehrmeinung bei res necessaria den Kaufpreis, und bei res utilis den Marktpreis (A. 763) als Bereicherung ſetzte:

Pomp. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 3, 5. pr.): si res domino non necessarias emerit servus quasi domino necessarias, veluti servos, hactenus videri in rem eius versum, quatenus servorum verum pretium facit, quum, si necessarias emisset, in solidum quanto venissent teneretur:

insgeſammt Momente, welche um ſo gewichtvoller ſind, als ſie in directem Gegenſatze zu den allgemeinen leitenden Tendenzen der betreffenden Zeitperiode ſtehen (A. 1750).

Im Uebrigen aber bleibt die Verſchiedenheit des die Bereicherung vermittelnden negotium je als bon. fid. oder strict. iur. negotium oder auch je als ſolenner oder unſolenner Rechtsact ohne Einfluß auf die obigen Klagen, bedingt dadurch, daß pupillus, wie furiosus, filius familias, wie servus die volle Handlungsfähigkeit beſitzen, abgeſehen, was die letzteren betrifft, von der leg. a. und in iure cessio. Demgemäß wird daher die a. de in rem verso, wie die a. utilis wider den Pupillen oder furiosus begründet nicht allein durch das von dem Betreffenden abgeſchloſſene bon. fid. negotium, ſondern auch durch das stricti iuris negotium, ſo durch mutui datio:

Gai. IV, 73 (J. Just. IV, 7, 4); Scaev. 1 Resp. (D. XV, 3, 20); Afric. 8 Quaest. (D. cit. 17. pr.); Ulp. 29. 40 ad Ed. (D. cit. 3. pr. § 1. 3. fg. fr. 7. § 5. fr. 10. § 7. XXVI. 8, 5. pr.); Paul. sent. rec. II, 9, 1. 30 ad Ed. (D. XV. 3, 8); Carac. im C. Just. IV, 26, 3. Diocl. daſ. c. 7. pr.

wie durch Stipulation:

Marc. 5 Dig. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 3, 10. § 5); Pap. 9 Quaest. daſ. (D. cit. 10. § 2); Ulp. 29, 40 ad Ed. (D. cit. 10. pr. XXVI, 8, 5. pr.), 1 ad Sab. (D. cit. 1. pr.).

§ 92.

Die Klagen aus Delicten auf id quod pervenit und quanto locupletior factus est.

Die Bereicherungs-Klagen aus delictiſchen Vorgängen laſſen je nach der Perſon des Verhafteten drei verſchiedene Gruppen unterſcheiden: Klagen wider den Delinquenten ſelbſt, wider den Erben oder Repräſentirten des Delinquenten, und wider den unbetheiligten Dritten. Während nun dieſe letzteren Klagen gleich als iſolirte Ausnahmen auftreten, eine nur ſubſidiäre Function verſehen, dabei aber als actiones directae ſich characteriſiren, walten die entgegengeſetzten Verhältniſſe bezüglich der erſten beiden Gruppen ob: hier iſt es eine generelle Rechtsordnung, welche zur Geltung kommt und deren Durchführung durch actiones utiles: durch a. utilis oder interdictum utile oder a. in factum vermittelt wird, die ſelbſt wieder in drei Gruppen zerfallen: theils nämlich Delicts-Klagen aus Civilrechtsdelicten, mit Einſchluß der a. doli und quod met. c., wie der bon. fid. actiones in Function dieſer beiden Klagen; theils ſodann Klagen aus Civilproceßdelicten; theils endlich Klagen aus Quaſicontracten delictiſcher Natur. Und alle dieſe Klagen nehmen nun übereinſtimmend die taxatio in ſich auf: „dumtaxat quantum ad Num. Negidium pervenit dolove malo Num. Negidii factum est, quominus ad eum perveniat," mit alleiniger Ausnahme der Klage wider den Pupillen oder furiosus wegen Bereicherung aus Delict des Tutor oder Curator, welche übereinſtimmend mit der Klage wider Pupillen oder furiosus wegen Bereicherung durch ein ohne Concurrenz des Tutor oder Curator eingegangenes Rechtsverhältniß (§ 91) die taxatio führt: „dumtaxat quanto Num. Negidius locupletior factus est." Allein andrerſeits hat wiederum die Rechtswiſſenſchaft allen dieſen Klagen gemeinſam die Richtung auf das quanto locupletior factus est beigemeſſen, mit alleiniger Ausnahme der a. utilis wider den Gewalthaber wegen Bereicherung aus Delict

des Gewaltuntergebenen, welche, im Parallelismus ſtehend mit der a. de in rem verso, gleich dieſer (§ 91) auf das id quod pervenit ſich richtet.

Was nun jene drei Claſſen von Klagen im Beſonderen betrifft, ſo greift

I. wider den Delinquenten ſelbſt nach Ablauf der Verjährungszeit an Stelle der a. directa eine actio utilis auf Reſtitution der durch das Delict erlangten Bereicherung[1109]) Platz, welche die taxatio „Dumtaxat quantum ad Num. Negidium pervenit dolove malo Num. Negidii factum est, quominus ad eum perveniat“ in ſich aufnimmt (§ 81 unter A 1), von der Rechtstheorie aber auf das quanto locupletior factus est beſchränkt wird (§ 81 unter I B 1). Und zwar greift ſolche Ordnung Platz bei den Interdicten im Allgemeinen:

Sab. bei Paul. 67 ad Ed. (D. XLIII, 1, 4): ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post annum iudicium dandum; vgl. Cass. bei Paul. 1 ad Ed. (D. XLIV, 7, 35. pr.),

dementſprechend im Beſonderen als ſolche actiones utiles bekundet werden

die dem interd. Unde vi parallele a. in factum: Edict in Dig. XLIII, 16, 1. pr. Diocl. in fr. Vat. 312; ſowie

die dem interd. fraudatorium parallele a. in factum:[1110]) Edict nach Ulp. 73 ad Ed. (D. XLII, 8, 10. § 24.).

Und als gleiche a. utilis wird überdem bezeugt die a. de dolo (vgl. A. 899): Gai. 4 ad Ed, prov. (D. IV, 3, 28).

Dagegen in den übrigen Fällen honorariſcher Delictsklagen greift nicht a. utilis, ſondern directa, und nicht mit obiger taxatio auf id quod pervenit, ſondern ohne Weiteres auf simplum concipirt, und ſomit auch nicht auf quanto locupletior factus est ſich richtend Platz,[1111]) und ſo zwar

---

1109) Vgl. Sell, Verſuche I, 62 fg.

1110) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 744. Die obige Extenſion ſolcher Klage war, wie Ulp. cit. andeutet, im Edicte ſelbſt proponirt; vgl. unter II A 1 b.

1111) Nicht genügend würdigt die obige Verſchiedenheit Keller, Civ. Pr. § 93.

a. de pecunia calumniae causa accepta: Ulp. 10 ad Ed. (D. III, 6, 1. pr.);

a. vi bon. raptorum: Edict in Dig. XLVII, 8, 2. pr. (Hal.); Gai. III, 209. Diocl. im C. Just. III, 41, 4.

a. bon. raptorum ex incendio, ruina, naufragio: Edict in Dig. XLVII, 9, 1. pr.

a. vi bon. ademtorum adversus publicanos: Edict in Dig. XXXIX, 4, 1. pr.

a. damni dolo malo facti in turba: Edict in Dig. XLVII, 8, 4. pr.

Und dieſen Delictsklagen wird auch gleichgeſtellt die

a. quod met. c.: Edict nach Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 1); Gord. im C. Just. II, 20, 4.

II. Die Klage wider den Erben oder Repräſentirten auf Reſtitution der durch Delict des Erblaſſers oder des Repräſentanten erlangten Bereicherung umfaßt folgende beſondere Vorkommniſſe:

A. Bereicherung des Erben durch Erbanfall des vom Erblaſſer auf delictiſchem Wege Erlangten,[1112]) welchenfalls nun wider den Erſteren reiperſecutoriſche Klage mit gleicher taxatio wie unter I gegeben wird (§ 81 unter A 2 a), der indeß von der Rechtstheorie ebenfalls die Beſchränkung auf das quanto locupletior factus est untergelegt wird (§ 81 unter I B 2 a):

Pomp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 38): sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quidem ex ea re ad eum pervenisset;

Diocl. im C. Just. IV, 17, 1. Aurel. im C. Herm. II, 1.

Im Einzelnen aber ſind die Klagen, welche in ſolcher Richtung wider den Erben verwendet werden, lediglich honorariſche actiones mixtae:

Paul. 1 ad Ed. Praet. (D. XLIV, 7, 35. pr.): in honorariis

112) Vgl. Francke, Beitr. I. Savigny, Syſt. V, 46 fg. Puchta, Pand. § 88 g. 279. g. h. Arndts, Pand. § 104, 2. Sell, a. O. 162 fg. Witte, Bereicherungsklage 317 fg. Die Bemerkung Savignys 49 fg., daß dieſe Beſchränkung der Haftung des Erben den Gläubiger benachtheilige und somit die aequitas in eine iniquitas umſchlägt, findet in dem Hiſtoriſchen keine Baſis: a priori haftet der Erbe gar nicht und die dennoch durchgeſetzte beſchränkte Haftung iſt ein von jedem inneren Widerſpruch freies Werk der aequitas.

actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut, quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, cetera intra annum. Honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto Unde vi et similibus [1113]).

In ſolcher Extenſion aber werden folgende Klagen bekundet:

1. Die honorariſchen Delictsklagen aus Civilrechtsdelicten mit Einſchluß der Interdicte, und ſo zwar

a. die dem interd. Unde vi parallele a. in factum: Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 1. § 48. fr. 3. pr.); Paul. 1 ad Ed. (D. XLIV, 7, 35. pr.), 65 ad Ed. (D. XLIII, 16, 2. 9. pr.);

b. die dem interd. fraudatorium parallele a. in factum: Ulp. 73 ad Ed. (D. XLII, 8, 10. § 25); Venul. 6 Interd. (D. cit. 11); vgl. A. 1110. 1642;

c. die mit dem interd. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est concurrirende a. in factum adversus eum, qui dolo malo fecerit, quominus a praetore in possessionem missus admissus non sit: Ulp. 72 ad Ed. (D. XLIII, 4, 1. § 8);

d. das interd. de opere restituendo, wie die demſelben parallele a. in factum: Ulp. 71 ad Ed. (D. XXXIX, 1, 20. § 8);

e. Das interd. quod vi aut clam: Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 15. § 3);

f. die a. vi bonor. ademtorum adversus publicanos: Lab. bei Paul. 52 ad Ed. (D. XXXIX, 4, 4. pr.);

g. Die honorariſche a. pigneraticia in factum concepta (A. 1495) wegen doloſer Deteriorirung des pignus praetorium auf Grund der bezüglichen pönalen Clauſel des Edictes in Dig. XLII, 5, 9. pr.: Paul. 59 ad Ed. (D. XLII, 5, 10) vgl. Ulp. 62 ad Ed. (D. cit. 9. § 8);

2. Singulärer Weiſe (A. 899) auf Grund beſonderer Edicts-Clauſel: [1114])

1113) Eine Ausnahme ergiebt jedoch die a. vi bonor. rapt., inſofern dieſe gar nicht wider die Erben geht, vielmehr diesfalls cond. furtiva Platz greift: Gai. IV, 8. Ulp. 56 ad Ed. (D. XLIII, 3, 2. § 27); vgl. 1620.

1114) Nach Diocl. im C. Just. V, 21, 3 auch die a. rer. amotar., wogegen von Paul. 7 ad Sab. (D. XXV, 2, 6. § 4) die Quaſicontracts-Natur dieſer

h. Die a. quod met. c.: Gai. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 2, 19); Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 16. § 2. fr. 20); Paul. 1 Quaest (D. IV, 2, 17);

i. Die a. de dolo: Sab. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 29); Gai. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 3, 26. 28); Ulp. 11. 29. 30 ad Ed. (D. IV, 3, 17. § 1. XIV, 4, 9. § 2. L, 17, 44. XVI, 3, 7. § 1); Paul. 1. 11 ad Ed. (D. XLIV, 7, 35. pr. IV, 3, 27); vgl. J. Just. IV, 12, 1, ſowie Gai IV, 113 und dazu Schilling, Inſt. § 114 m.

3. Die honorariſchen Klagen, welche auf Repreſſion von Civilproceß-Delicten ſich richten, nämlich

k. Die a. de pecunia calumniae causa accepta: Ulp. 10 ad Ed. (D. III, 6, 5. pr.);

l. Die a. de alienatione iudic. mut. c. facta: Ulp. 13 ad Ed. (D. IV, 7, 6);

m. Die a. adversus eum, qui dolo malo fecerit, quominus quis in iudicio sistat: Ulp. 7 ad Ed. (D. II, 10, 1. § 6);[1115])

n. Die a. tributoria wegen des dolo malo facere, quominus ita tribuatur: Ulp. 29 ad Ed. (D. XIV, 4, 7. §. 5. fr. 9. § 2. L, 17, 44);

o. Die honorariſchen Klagen wegen des durch das Edict verpönten dolo malo desinere possidere und ſo zwar:

aa. Die a. de peculio wegen des dolo malo facere, quominus in peculio sit: Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 21. § 2. fr. 30. § 7);

bb. Das interd. de precario wegen des dolo malo facere, ut desineres habere: Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 26, 8. § 8);

cc. Die interdicta quorum bonorum und quod legatorum wegen des reſp. dolo malo facere, ut desineres possidere und dolo malo desinere possidere: Ulp. 67 ad Ed. (D. L, 17, 149): ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet;

dd. die hered. petitio possessoria wegen des dolo malo desinere possidere: Paul. 20 ad Ed. (D. L, 17, 127): quum praetor in heredem dat actionem, quatenus ad eum

---

Klage anerkannt iſt. Ebenſowenig dann die a. adversus mensorem qui falsum modum dixerit: Pomp. bei Ulp. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 3. § 5) und die a. in iudicem, qui litem suam fecit: Ulp. 5 ad Ed. (D. V, 1, 16).

1115) Danach war ſolche Extenſion der Klage im Edicte nicht proponirt.

pervenit, sufficit, si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti;[1116])

ee. die a. adversus eum, qui omissa causa testamenti wegen des dolo malo facere, quominus possideat: Ulp. 50 ad Ed. (D. XXIX, 4, 12. § 1); vgl. Voigt, Bedeutungswechſel 98;

p. die a. in factum wider den Erben, welche an Stelle der rei vindicatio utilis wegen des dolo malo desinere possidere des Erblaſſers (A. 987) eintritt: Jul. 55 Dig. (D. VI, 1, 52); vgl. Paul. 26 ad Ed. (D. VI, 1, 42).[1117])

Dagegen greift ſolche Extenſion der Klage wider den Erben nicht Platz bei actio civilis aus Delicten, indem hier bei a. ex delicto der Erbe gar nicht haftet,[1118]) bei bon. fid. a. dagegen in Function einer a. de dolo (A. 1035), ebenſo wie bei cond. furtiva, da ſolche a. quasi ex contractu iſt, in solidum haftet: Ulp. 30 ad Ed. (D. XIII, 1, 9), 41, 42 ad Sab. (D. XLVII, 1, 1. pr. XIII, 1, 7. § 2); Paul. 9 ad Sab. (D. XIII, 1, 5); J. Just. IV, 1, 19. (vgl. A. 1114).

Wohl aber greift jene Extenſion der a. de peculio wegen des dolo malo facere, quominus in peculio sit ausnahmsweiſe auch wider den Singularſucceſſor: wider den Käufer des Sclaven Platz, welcher durch die aus dem Peculium zurückgezogene Vermögensſubſtanz bereichert ward: Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 21. § 2).

B. Bereicherung des Gewalthabers durch das auf delictiſche Weiſe vom Gewaltuntergebenen Erworbene, auf deren Reſtitution die betreffende a. ex delicto oder quasi ex contractu als

---

1116) Eine andere Beziehung dieſer Stelle ſcheint mir nicht möglich. Die damit widerſtreitenden Anſichten bei Danz, R. G. § 178 unter 3 ſcheinen mir nicht begründet.

1117) Bezüglich der Civilproceß-Delicte des älteſten Civilrechtes (§ 78) greift die obige Haftung des Erben nicht Platz: die betreffende poena gelangt dann in Wegfall, wenn wider den Erben des Schuldners geklagt wird: Gai. IV, 172; wogegen dann, wenn der Erbe des Gläubigers klagt, denſelben die poena in solidum trifft: vgl. Gai. 9 ad Ed. prov. (D. L, 17, 42).

1118) Die bezüglich der a. leg. Aquiliae von Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 23. § 8) ſtatuirte Ausnahme, wird weder anerkannt von Gai. IV, 112. 2 ad Ed. prov. (D. L, 17, 111. § 1) oder Paul. 23 ad Ed. (D. X, 3, 10. pr.), noch in J. Just. IV, 3, 9. 12, 1. — Endlich Scaev. 4 Reg. (D. XLVIII, 11, 2) ordnet ſich unter III.

utilis: mit ſubjectiver Umſtellung, wie mit taxatio gegeben wird. Hierunter fallen die beiden Vorkommniſſe:

1. der unmittelbaren Bereicherung des Gewalthabers durch Zuwendung des Erworbenen in deſſen unmittelbares Vermögen, in welchem Falle nun die Klage der a. de in rem verso analog iſt und die gleiche taxatio aufnimmt, wie unter I (§ 81 unter A 2 b), der hier nun, gleich wie bei jener Klage, die ſachliche Bedeutung des id quod pervenit untergelegt wird (§ 81 unter II A). In ſolcher Verwendung aber werden bekundet:

aa. honorariſche actiones ex delicto und zwar

a. das interd. Unde vi, welches jedoch gemeinhin auf Grund der Faſſung des Edictes: aut familia tua deiecit als directum gegeben wird: Ulp. 29. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 16. 1. § 15) und lediglich bei verweigerter defensio des delinquirenden filius fam. oder servus als utile Platz greift: Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 1. § 19. 20);

b. die a. Pauliana: Lab. bei Ulp. 66 ad Ed. (D. XLII, 8, 6. § 12);

c. die a. adversus mulierem quae dicitur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse: Ulp. 34 ad. Ed. (D. XXV, 5, 1. § 5);

bb. actiones quasi ex contractu ſammt a. rer. amotar. (A. 1114):

d. cond. ob iniust. caus.: Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 5, 4. § 2);

e. cond. furtiva: Ulp. 43 ad Sab. (D. XVIII, 1, 29); 41 ad Sab. (D. XIII, 1, 4);

f. a. rer. amotar: Proc. bei Paul. 7 ad Sab. (D. XXV, 2, 3. § 4); Pap. 11 Quaest. (D. cit. 5);

2. der mittelbaren Bereicherung des Gewalthabers durch Zuwendung des Erworbenen in das Peculium des Delinquenten, welchenfalls die Klage, der a. de peculio analog, die gleiche taxatio aufnimmt, wie unter I, obwohl mit der beſonderen Formulirung auf: quantum ad peculium pervenit (A. 920), wie mit der Beſchränkung auf quanto locupletior factus est (A. 926). Im Uebrigen aber ſind es die gleichen Klagen, wie unter I, welche ſolche Verwendung erfahren,[1119]) nämlich einestheils die

1119) Nicht hierher gehört Atilicin. bei Pomp. 60 ad Sab. (D. XXX, 1,

a. Pauliana: Lab. bei Ulp. 66 bei Ed. (D. XLII, 8, 6. § 12); wie anderntheils die

cond. ob iniust. caus.: Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 5, 4. § 1);

cond. furtiva: Lab. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 3. § 12); Jul. bei Paul. 3 ad. Nerat. (D. XIII, 1, 19); Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 1, 30. pr.); Ulp. 41 ad Sab. (D. XIII, 1, 4), wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. 767;

a. rer. amot.: Mela und Fulcin. bei Paul. 7 ad Sab. (D. XXV, 2, 3. § 4. fr. 4. §. 6); Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 3. § 12).

C. Bereicherung der juriſtiſchen Perſon oder des Mandanten durch das auf delictiſche Weiſe vom Repräſanten oder Mandatar Erlangte, wodurch wider den Repräſentirten a. ex delicto utilis: mit ſubjectiver Umſtellung, wie mit taxatio auf id quod pervenit (§ 81 unter A 2 c), dabei aber wohl mit der Beſchränkung auf quanto locupletior factus est (§ 81 unter I B 2 c) begründet wird. Als derartige Klagen aber werden erwähnt:

interdict. Unde vi wider die municipes: Pomp. bei Ulp. 10 ad Ed. (D. XLIII, 16, 4);

a. de peculio wegen des dolo malo procuratoris fieri, quominus in peculio sit: Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 21. § 1);

a. de dolo (A. 899): Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 15. § 1. 2).[1120])

---

48. pr.): si heredis servus rem legatam ignorante domino subtraxisset et vendidisset, in factum dandam actionem, ut vel noxae servum dederet dominus vel ex peculio praestaret, quod ex venditione eius rei haberet eine Stelle, welche auf zwei Vorausſetzungen beruht: 1. das Legat iſt Damnations-, nicht Vindicationslegat (vgl. D. cit. 45), folglich iſt der Beſtohlene nicht der Legatar, ſondern der dominus, demgemäß nun das furtum des Sclaven keine a. noxalis begründet; 2. dieſes furtum, indem es caſuell die Erfüllung des Legates vereitelt, liberirt den Erben von ſolcher Verbindlichkeit (A. 1655) und verletzt ſomit die Intereſſen des Legatares. Zum Schutze dieſer verletzten Intereſſen giebt nun Atilicin. dem Legatar eine a. in factum, welche nach Analogie der a. noxalis auf eine alternative Präſtation ſich richtet: auf noxae datio oder auf rei praestatio, in dieſer letzteren Alternative aber abweichend von der a. noxalis nicht auf die poena furti, ſondern nach Analogie der a. ex delicto de peculio auf id quod ad peculium pervenit ſich richtet. Demnach fällt ſolche Klage auf Seite der a. noxalis, nicht aber der obigen Klagen, wenngleich ſie nach letzteren theilweis ſich richtet.

1120) Zur Vermeidung von Irrthümern fügt Ulp. in § 3 bei: in hac actione designari oportet, cuius dolo factum sit, quamvis in metu non

D. Bereicherung des Pupillen oder furiosus durch delictiſches Gebahren des Tutor oder Curator,[1120a]) reprimirt durch a. utilis: mit ſubjectiver Umſtellung, wie mit taxatio auf „dumtaxat quanto Num, Negidius locupletior factus est“ (§ 81 unter B 1 b) und in der Bedeutung des quando locupletior factus est (§ 81 unter I A 2). Und zwar werden in ſolcher Function in den Quellen erwähnt:

1. die a. de dolo (A. 899), ſowie die bon. fid. a., inſofern ſolche als a. de dolo fungirt (§ 87); und ſo insbeſondere:

a. die a. de dolo: Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 15. pr.);

b. die a. emti: Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 7);

c. die a. depositi: Pap. 20 Quaest. (D. XXVI, 9, 3);

2. die honorariſchen Klagen aus Civilproceßdelicten, und ſo zwar

d. die a. tributoria wegen des dolo malo facere, quominus ita tribuatur: Sab. bei Pap. 20 Quaest. (D. XXVI, 9, 3);

e. die a. de peculio wegen des dolo malo facere, quominus in peculio sit: Pomp. 8 Ep. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 21. § 1);

3. die hered. petit auf Grund des Civilproceßdelictes des dolo malo desinere possidere: Pap. 20 Quaest. (D. XXVI, 9, 3).

III. Endlich die Klage wider den unbetheiligten Dritten auf Reſtitution der durch Delict des Anderen erlangten Bereicherung tritt als a. directa, aber als ſubſidiäre Klage in zwei Vorkommniſſen auf:[1121])

sit necesse; denn die Klage iſt nicht in rem scripta, daher ihre Anwendung gegen den dritten Bereicherten ebenſo auf beſonderem Rechtsſatze beruht, wie eine ſubjective Umſtellung in der Formel erfordert.

1120a) Vgl. Sell, Verſ. I, 51 fg.

1121) Vgl. Sell, a. O. 53 fg. Nicht hierher gehört Ulp. 73 ad Ed. (D. XLII, 8, 10. § 24): haec actio (d. i. die a. in factum aus dem interd. fraudatorium: A. 1110) post annum de eo, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, competit: — — sive igitur ipse fraudator sit, ad quem pervenit, sive alius quivis, competit actio in id, quod ad eum pervenit, wo in den Anfangsworten der Delinquent ſelbſt: entweder der Cridar oder aber deſſen Mitcontrahent bezeichnet wird, demgemäß aber auch lediglich der Letztere, nicht aber der unbetheiligte dritte Beſitzer unter dem alius quivis verſtanden werden kann. Anderer Anſicht Huſchke in Ztſchr. für Civilr. und Proc. N. F. XIV, 102.

1. a. quod met. c.: [1122]) Jul. 64 Dig. (D. IV, 2, 18); Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 3. fr. 16. § 2. vgl. fr. 9. § 8. fr. 14. § 5), ſich richtend auf das quanto locupletior factus est (A. 927);

2. condictio ex lege repetundarum (§ 121), gerichtet auf das id quod pervenit, dabei aber wohl den bezüglichen Beſchränkungen der cond. ob causam (A. 929) unterliegend.

Und dieſen Klagen ordnet ſich endlich noch bei

3. die a. Pauliana utilis wider den ex lucrativa causa und bona fide vom Cridar Erwerbenden: A. 921.

§ 93.

Die actiones rescissoria und restitutoria wegen absentia und capitis deminutio.

Eine eigene Gruppe der durch die aequitas reprimirten Vorkommniſſe ungerechtfertigter Bereicherung iſt nach § 81 gegeben in den beiden Thatbeſtänden der absentia und cap. deminutio, bei denen übereinſtimmend der merkwürdige legislative Gedanke verwirklicht wird, daß nicht durch Reſtitution der Bereicherung, als vielmehr durch restitutio in integrum: mittelſt Wiederherſtellung des durch Rechtsverluſt, wie Bereicherung geſtörten Güterbeſitzverhältniſſes ſelbſt ſolche eingetretene ungerechtfertigte Vermögensveränderung wieder aufzuheben ſei. Insbeſondere aber

I. die Reſtitution wegen absentia greift Platz in dem Falle des Rechtsverluſtes durch unverſchuldete Behinderung an ordnungsmäßiger Ausübung des betreffenden Rechtes. Und zwar unterfällt ſolcher Verluſt nach dem edictum perpetuum in Dig. IV, 6, 1. § 1 [1123]) einem zwiefachen ſyſtematiſchen Geſichtspunkte: einerſeits des auf Zeitablauf geſtützten civilrechtlichen Verluſt-

---

1122) Vgl. Schliemann, Zwang 40 fg.

1123) Hier iſt meines Erachtens zu leſen: si cuius quid de bonis, cum is metu — — abesset — — posteave (ſo Rudorff, Ed. perp. § 42), usu perditum esse; denn usu perire, perdere bildet den techniſchen Gegenſatz zum usu capere oder usu suum facere, ſo usu perdere bei Plaut. Stich. I, 3, 86. Amph. II, 2, 215., ſowie Non. Marc. 307: usu — perire hoc est non utendo aliquid perdere.

modus: theils der Uſucapion, theils des non usus der Servitut,[1124]) wie andererſeits der proceſſualiſchen Friſtverſäumniß bezüglich der actio temporaria und weiterhin der Klagverjährung im Allgemeinen.[1125]) Die Rechtstheorie fügt ſodann dazu theils noch den Fall des Verluſtes der Exception,[1126]) theils die neue Claſſe der Vereitelung des Erwerbes der durch Rechtsgeſchäft deferirten Rechte.[1127])

Dagegen als Vorkommniſſe der unverſchuldeten Behinderung werden von dem edictum perpetuum zunächſt drei verſchiedene Gruppen von Fällen geſetzt: theils Behinderung in der Perſon des Geſchädigten: das metu abesse, das sine dolo malo rei publicae causa abesse,[1128]) wie das in vinculis, servitute, hostium potestate esse; theils Behinderung in der Perſon des Bereicherten: das absentem non defendi,[1129]) das in vinculis esse nec defendi,

---

1124) Edict. cit.: si cuius quid de bonis usu perditum esse dicetur; und im Gegenſatz dazu ſowohl: si quis quid usu suum fecisset, als: si quis, quod non utendo amissum sit, consecutus [esset].

1125) Edict. cit.: si cuius actionis dies exisse dicetur, und: si quis actione qua solutus [esset] ob id, quod dies eius exierit; vgl. Afric. 6 Quaest. (D. XLVI, 3, 38. § 4); in Frage kommen jedoch nur Klagen reiperſecutoriſcher Richtung: Paul. 12 ad Sab. (D. IV, 6, 18). — Jene drei Verluſtmodus recapitulirt Diocl. im C. Just. VIII, 51, 18: quae per usucapionem vel liberationem ex bonis subtracta vel non utendo finita esse videntur.

1126) Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 28. § 5): exemplo rescissoriae actionis etiam exceptio ei, qui rei publicae causa abfuit, competit, forte si res ab eo possessionem nacto vindicentur; demnach: der absens hat die res mancipi vendita et tradita uſucapirt und in Folge deſſen die exc. rei vend. et trad. verloren; wider die vindicatio rescissa usucupione ward ihm nun ſolche exc. reſtitutirt; vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 736.

1127) So im Falle der Deficienz der auf praesentia geſtellten condicio bei Legat oder Fideicommiß oder Stipulation in annos singulos, quoad in Italia esset oder vergl.: Lab. Jul. 4 Dig., Pomp. 31 ad Ed. bei Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 17. § 1); Jul. 35 Dig. (D. IV, 6, 41); Afric. 7 Quaest. (D. IV, 6, 43), oder im Falle der Behinderung der hered. aditio wegen absentia: Ant. Pius bei Ulp. 8 ad Sab. (D. XXIX, 2, 30. § 1); vgl. Paul. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 27).

1128) Dem rei publicae causa abesse ſubſumirte die Rechtstheorie das militiae causa abesse: Marcell. not. ad Jul. 35 Dig. (D. IV, 6, 41); Pomp. bei Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 28. § 6); Scaev. 1 Reg. (D. IV, 6, 45); Ulp. 12 ad. Ed. (D. IV, 6, 7), 5 Opin. (D. IV, 6, 40. pr.)

1129) Darunter werden furiosi, pupilli und civitates, die keinen defen-

das secum agendi potestatem non facere nec defendi und das invitum in ius vocari non licere nec defendi; theils endlich Behinderung, ausgehend von der Perſon des bei dem Proceſſe mitwirkenden Magiſtrates: cum magistratus de ea re appellatus esset und cum per magistratus actio exemta esse dicetur;[1130] wozu allenthalben dann das Edict noch die clausula generalis beifügt, auf Grund deren die Rechtstheorie theils neue Fälle unverſchuldeter absentia, theils andersartige Fälle unverſchuldeter Behinderung[1131] als Reſtitutionsgründe ſtatuirte.

Auf Grund ſolchen Thatbeſtandes nun ertheilt das Edict eine actio, welche utilis und im Beſonderen ficticia iſt[1132] und theils die Benennung Publiciana (A. 1322), theils die Bezeichnung als rescissoria,[1133] niemals aber als restitutoria führt. Im Uebrigen aber iſt dieſe actio utilis, wenn immer auch dieſelbe nicht wider den dritten Beſitzer, ſomit nicht in rem, ſondern nur in personam ertheilt wird,[1134] doch je nach der Natur des verlorenen Rechtes

---

sor haben, ſubſumirt von Lab. bei Paul. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 22 § 2); Pomp. 1 Ep. (D. L, 17, 124. § 1). Dann z. B. Afric. 6 Quaest. (D. XLVI, 3, 38. § 4).

1130) Die letztere Clauſel betrifft den ius dicens und wird von Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 26. § 4—7) commentirt; dagegen die erſtere Clauſel betrifft den Fall der alten ſtaatsrechtlichen appellatio tribunorum plebis oder auch collegarum (vgl. Keller, Civ. Pr. A. 985 fg.), daher deren Commentar als unpractiſch aus den Digeſten ausgeſchieden iſt.

1131) In erſterer Beziehung z. B. relegatio in insulam, vgl. Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 26. § 7. fr. 28. pr.), 5 Opin. (D. IV, 6, 40. § 1); Modest. de enucl. cas. (D. IV, 6, 33. pr.); in letzterer Beziehung z. B. Behinderung der Rechtsausübung durch Naturereigniß, vgl. Atilicin. bei Paul. 15 ad Plaut. (D. VIII, 4, 35); Jav. 10 ex Cass. (D. VIII, 6, 14. pr.); Ulp. 70 ad Ed. (D. XLIII, 19, 1. § 9). Im Allgemeinen vgl. Arndts, Pand. § 120. A. 2, der jedoch darin irrt, daß er die Fälle von A. 1129 hierher ſtellt, was rechtshiſtoriſch von großer Bedeutung iſt, da ſolchenfalls Lab. bereits die clausula generalis gekannt hätte, was nach A. 1454 nicht der Fall iſt.

1132) Utilis: Afric. 7 Quaest. (D. IV, 6, 43); Pap. 13 Quaest. (D. IV, 6, 20); Diocl. im C. Just. IV, 54, 5. Ficticia: J. Just. IV, 6, 3. 5. Theoph. in h. l. Vgl. Voigt, a. O. A. 731.

1133) Voigt, a. O. A. 732. Die Benennung iſt entlehnt von der rescissio usucapionis, welche von Vornherein den einzigen Fall jener Klage ergab (§ 107): Jul. 48 Dig. bei Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 26. § 7); Paul. 1 ad Ed. (D. XLIV, 7, 35. pr.).

1134) Vgl. Voigt, a. O. A. 738. Dies Geſetz gilt auch für alle restitu-

bald a. in rem, bald a. in personam,[1135]) und andererſeits wiederum bald ächt reſtitutoriſch: in den Fällen von A. 1124—1126, bald aber auch inſtitutoriſch: in den Fällen von A. 1127, demgemäß dort die Fiction auf Nichteintritt des Vorganges ſich concipirt, welcher den Rechtsverluſt reſultirte, hier dagegen auf Nichteintritt des Vorganges, welcher den Rechtserwerb vereitelte.[1136])

II. Sodann die Reſtitution wegen cap. deminutio beruht auf dem in Dig. IV, 5, 2. § 1 überlieferten Edicte: qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit,[1137]) capite deminuti, deminutae esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit iudicium dalo. Trotz der Unbeſchränktheit jedoch des Ausdruckes capite deminutus verſagt die Anwendbarkeit dieſes Edictes bei der cap. dem. maxima in Folge der dem Sclaven mangelnden paſſiven Klagfähigkeit,[1138]) ſo daß als Thatbeſtand für das Edict nur die cap. dem. media, wie minima verbleiben. Was indeß die erſtere betrifft, ſo fehlt für dieſe die Anwendbarkeit theils in dem Falle, daß mit Verluſt der Civität zugleich Verluſt

---

tiorae mit Ausnahme der in rem restitutoria aus dem Edicte über die metus: A. 1637.

1135) Voigt, a. O. A. 739 fg.

1136) Voigt, a. O. 782.

1137) Die Edictsworte, welche aus Lab. 1 ad Ed. von Ulp. 11 ad Ed. (D. L. 16, 19) in dem Commentar zum Edicte Quod metus causa gesta angezogen ſind: „Quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur", gehören an dem Edicte De administratione rerum ad civitates pertinentium, wogegen die von Ulp. 12 ad Ed. (D. L, 16, 20) mitgetheilten Edictsworte: „Contraxerunt, gesserunt" dem Edicte De alienatione iudicii mutandi causa facta angehören. Irrig zieht Rudorff, Ed. perpet. § 41, 2. dieſelben zum obigen Edicte.

1138) Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 5, 2. pr.); Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 5, 7. § 2): quia nec praetoria iurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit; sed utilis actio adversus dominum danda est, ut Julianus scribit. Sonach haftet der dominus als Univerſalſucceſſor und zwar, da ſolche Univerſalſucceſſion überhaupt dem älteſten Rechte fremd iſt, mit a. utilis, ſomit nach Analogie der Klage wider den heres: Paul. 19 ad Ed. (D. L, 17, 128. § 1). Und dieſe Rechtsordnung ward ſoweit conſequent durchgeführt, daß ſelbſt die Reſtitution der Libertät die früheren Obligationsverhältniſſe nicht redintegrirt: Scaev. 1 Resp. (D. XLIV, 7, 30). Neben jener a. utilis ſteht ſodann nach Paul. 11 ad Ed cit. im Falle der verweigerten defensio missio in bona rei servandae causa.

des Vermögens verknüpft war, da in ſolchem Falle der Univerſalſucceſſor zugleich für die Schulden haftet, eventuell über das Vermögen Concurs eröffnet wird,[1139]) theils im entgegengeſetzten Falle[1140]) inſoweit, als Rechtsverbindlichkeiten des ius gentium in Frage ſtehen, da ſolche durch die cap. dem. gar nicht alterirt werden,[1141]) ſo daß demzufolge nur bei Nichteintritt der Vermögensconfiscation wegen Verbindlichkeit iuris civilis[1142]) ſolche

1139) Es ſteht hier in Frage der Fall der Confiscation vom Vermögen des deportatus, für deſſen Behandlung das edictum perpetuum Vorſchriften erlies: Callistr. 1 de Jur. fisc. (D. XLIX, 14, 1. § 1): an bona, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertineant quaesitum est; Labeo scribit etiam ea, quae solvenda non sint, ipso iure ad fiscum pertinere; sed contra sententiam eius edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneunt, si ex his fisco acquiri nihil possit, wozu vgl. Gai. 17 ad Ed. prov. (D. XXVIII, 1, 8. § 1): si cui aqua et igni interdictum sit, eius — bona — publicabuntur aut, si non videantur lucrosa, creditoribus concedentur. Somit trat hierbei eine verwandte Zweifelsfrage auf, wie bezüglich des Vindicationslegates (Gai. II, 195) und deren legislative Schlichtung in gleicher Richtung, wie dort: es ward zur Succeſſion des Fiscus deſſen Acceptation erfordert. Lag nun Inſolvenz vor, wo der Fiscus die Succeſſion ablehnte, ſo griff Concurs Platz nach Maaßgabe des Edictes über die bona vacantia: Gai. III, 78; im Falle der Solvenz dagegen trat der Fiscus die Succeſſion an und es haftete ſolchenfalls dieſer, eventuell bei vend. bon. der bon. emtor für die Schulden: Jav. 9 Ep. (D. XLIX, 14, 11); Pap. 2 de Adult. (D. XLVIII, 20, 4), 29 Quaest. (D. XXII, 1, 6. § 1); Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 5, 2. pr.); Tryph. 9 Disp. (D. XVI, 3, 31. pr.); Marcian. in Bas. LX, 52, 10 (D. XLVIII, 20, 10); Carac. im C. Just. IX, 12, 2. Phil. daſ. IX, 49, 5; vgl. einerſeits Paul. 21 Resp. (D. XLIX, 14, 41); andererſeits Jul. bei Pap. 9 Quaest. (D. XLVI, 1, 47. pr.); Pap. 16 Resp. (D. XLVIII, 23, 3); Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 5, 7. §. 3); endlich Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 2, 1. § 4); vgl. Thl. II, 957. Hier jedoch werden die alten Obligationsverhältniſſe durch restitutio civitatis et bonorum rebintegrirt: Pap. 16 Resp. (D. XLVIII, 23, 3); Ulp. 5, Opin. (D. cit. fr. 2); Sev. im C. Just. IX, 51, 3. Diocl. daſ. c. 12, nicht aber durch die restitutio civitatis allein: Ulp. cit.; Sev. im C. Just. IX, 51, 3. 4. 5. Im Uebrigen vgl. A. 1898.

1140) Dies iſt die concessio bonorum bei Paul. 11 ad Ed. (D. L, 16, 21); Grat. Val. et Th. im C. Th. X, 10, 15.

1141) Marcian. 1 Inst. (D. XLVIII, 19, 17. § 1. XLVIII, 22, 15. pr.); Sev. und Car. im C. Just. VIII, 41, 1. vgl. Thl. I § 80, ſowie wegen anderer Rechtsverhältniſſe Thl. II A. 939. 1064. 1066. Eine ſinguläre Ausnahme ergiebt die Societät: Thl. II A. 951, nicht aber die Cognation: A. 1791.

1142) Wegen des Unterganges der Rechtsverhältniſſe iuris civilis durch

Reſtitution Platz griff.[1143]) Dagegen im Falle der cap. dem. minima, indem dieſelbe normaler Weiſe die vermögensrechtlichen Verhältniſſe nicht blos iuris civilis, ſondern auch iuris gentium zerſtört, greift dem entſprechend jene Reſtitution innerhalb ſolcher weiteren Sphäre Platz, lediglich inſoweit der Anwendbarkeit entkleidet, als anomaler Weiſe jene Rechtsverhältniſſe in Folge der cap. dem. nicht untergehen, vielmehr ſei es in modificirter Geſtalt, ſei es ohne jedwede Modification in Beſtand verbleiben.[1144])

Auch die auf Grund dieſes Edictes ertheilte Klage iſt utilis und insbeſondere ficticia und fällt unter die actiones restitutoriae,[1145]) wogegen ſie nie die Bezeichnung a. rescissoria empfängt. Dabei iſt dieſe Klage in allen Fällen gleichmäßig wider den cap. deminutus ſelbſt gerichtet, mag nun durch die cap. deminutio der civis zum peregrinus oder der homo sui iuris zum alieni oder der alieni iuris zum sui iuris geworden ſein, obwohl im Uebrigen bei cap. dem. minima die Beſonderheit Platz greift, daß erſterenfalls bei verweigerter defensio Seitens des

---

cap. dem. med. vgl. Thl. II. A. 63. 66. 78—82. S. 81, ſowie Alfen. 1 Epit. (D. XLVIII, 22, 8); Jul. bei Pap. 9 Quaest. (D. XLI, 1, 47. pr.); Marc. bei Ulp. 7 Disp. (D. XLVI, 2, 14. §. 1); Pomp. 37 ad Qu. Muc. (D. XLV, 2, 19); vgl. Paul. 17 ad. Plaut. (D. II, 8, 4). Eine Ausnahme jüngeren Datums ergeben hier, wie bei der cap. dem. minima die Forderungen auf Lebensunterhalt: vgl. Savigny, Syſt. §. 72.

1143) Ulp. 11 ad Ed. (Bas. LX, 54, 14. D. XLVIII, 22, 14. § 3): ὁ τῆς πολιτείας ἐκπεσὼν καὶ τὴν οὐσίαν κατασχὼν, οὐτιλίαις ἀγωγαῖς ὑπόκειται· vgl. Paul. sent. rec. I, 7, 2 und anderntheils Pomp. 37 ad Qu. Muc. (D. XLV, 2, 19).

1144) Erſteres iſt der Fall auf Grund des Principes noxa caput sequitur mit der delictiſchen Verbindlichkeit: Gai. IV, 77. Ulp. 12. 29 ad Ed. (D. IV, 5, 2. §. 3. XIV, 5, 4. §. 2); Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 5, 7. § 1); sent. rec. II, 31, 8; Letzteres beim depositum: Paul. 60 ad Ed. (D. XVI, 3, 21. pr.); vgl. Trebat. daſ. (D. cit. § 1), und dann wieder in anderer Weiſe bei societas: Gai. III, 153. Jul. 14 Dig. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 58. § 2); Paul. 32 ad Ed. (D. cit. fr. 65. § 11), und mandatum: Paul. 2 ad Nerat. (D. XVII, 1, 61); vgl. Mandry, Familiengüterr. I, 386 fg.

1145) Utilis: Gai. III, 84. IV, 38. Ulp. 11 ad Ed. (D. XLVIII, 22, 14. § 3). Ficticia: Gai. cit. IV, 80. Keller, Civ. Pr. bei A. 343. Vgl. A. 1132; Restitutoria: ſ. Voigt, a. O. A. 734.

Gewalthabers missio in bona rei servandae causa ertheilt wird (Gai. III, 84. IV, 80. J. Just. III, 10, 3), letzteren Falles dagegen die Klage taxatio auf das sogen. beneficium competentiae nach Maaßgabe des Edictes in Dig. XIV, 5, 2. pr. in sich aufnimmt.

Nach dem Vorgange des letzteren Edictes ward endlich gleiche a. restitutoria theils in gewissen Fällen auch wegen vis, dolus malus, wie error gegeben, theils aber auch wegen circumscriptio minorum, somit in speciellen Fällen des dolus malus, worauf allenthalben in § 134 zurückzukommen ist.

Zweite Abtheilung.

Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien.

Erſte Periode.

Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien bis zu Ausgang der Republik.

Erſter Abſchnitt.

Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien bis zur Mitte des ſechſten Jahrhunderts d. St.

§ 94.

Hiſtoriſche Stellung im Allgemeinen der Principien.

Der nämliche Gegenſatz, welcher den Stützpunkt und die Sphäre der in dem erſten Buche erörterten Principien ergab: das ius und die mores, bildet zugleich für die hier behandelten Principien den Träger ihrer gegenſätzlichen hiſtoriſchen Ausprägung. Und wie daher dort die fides im Gegenſatze zum ius auftrat (§ 31), ſo nun ſtehen hier aequum oder aequitas und ius oder leges in entſprechendem Gegenſatze einander gegenüber:[1146])

Enn. Hect. Lustr. bei Non. 399, 8 (p. 224 Vahl.): ius atque aecum se a malis spernit procul;

Plaut. Stich. III, 1, 22: et ius et aecum postulas; Men. IV, 2, 9: qui neque leges neque aquum bonum usquam colunt;

Ter. Heaut. IV, 1, 29: neque ius neque bonum et aequum sciunt;

1146) Gleichbedeutend iſt der Gegenſatz: ius bonumque bei Sall. Cat. 9 u. A. 1245.

Varr. L. L. VI, 7: praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur (A. 1204);

Cic. Part. Or. 28, 100: aequitas et ius; de Inv. II, 32, 100. p. Caec. 28, 81: ius et aequitas; de Fin. III, 21, 71: aequum iustumque; iustum atque aequum; de Inv. I, 11, 14. II, 21, 62: civilis mos oder reſp. ius civile et aequitas; vgl. Thl. I, 41. und dazu Auct. ad Her. II, 12, 18.

Latro bei Sen. Contr. I, 1, 13: ius et aequitas.

Und ebenſo entſpricht dem Gegenſatze von iustitia und fides die Gegenüberſtellung von iustitia und aequitas:

Cic. Top. 23, 90: iustitia aut aequitas; de Rep. I, 2: iustitia, fides, aequitas; vgl. Thl. I, 41;

Nep. Arist. 2, 2: iustitia et aequitas et innocentia;

während endlich der Gegenüberſtellung von iustus homo und bonus vir parallel iſt der Gegenſatz von iustus und aequus homo:

Prol. zu Plaut. Amph. 16: aequi et iusti eritis arbitri; vgl. 37.

So daher unterfällt das ius normaler Weiſe und im großen Ganzen der Herrſchaft der maaßgebenden beiden Principien des rigor, wogegen die mores mit ihren einfachen d. h. nicht juriſtiſchen Lebensgeſchäften auf die Ordnungen der aequitas angewieſen ſind: bezüglich des Inhaltes und Umfanges der ſogen. moraliſchen Verbindlichkeiten auf das Princip der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung, hinſichtlich der Function des Schiedsrichters, wie des consilium cognatorum et amicorum (§ 42) auf das Princip der arbiträren richterlichen Cognition.

Allein gleichwie bei den Principien des erſten Buches jener Gegenſatz von ius und fides nicht vollkommen rein gehalten war, vielmehr auch gewiſſe Rechtsgeſchäfte der Herrſchaft der letzteren unterfielen (§ 32), ſo nun tritt gleiches Verhältniß auch innerhalb der hier maaßgebenden Principien zu Tage: gewiſſe Rechtsfiguren mit ihren Klagen unterfallen der aequitas in dem Principe ebenſo der arbiträren richterlichen Cognition, wie der Repreſſion einer ungerechtfertigten Vermögensſchädigung.

Somit iſt der Ausgangspunkt einer Geſchichte dieſer beiden Principien in jenem hiſtoriſchen Thatbeſtande gegeben, daß vor Allem dieſe Principien das Fundament ihrer gegenſätzlichen Aus-

prägung je als rigor und aequitas in jenem im erſten Buche dargelegten Gegenſatze des ius einerſeits ſammt der iustitia, ſowie der mores andrerſeits ſammt der fides finden, ſomit alſo der auf die iustitia geſtellte ſolenne Rechtsact zugleich einen Stützpunkt des rigor bezüglich jener beiden Principien ergiebt, während wiederum das auf der fides ſtehende einfache Lebensgeſchäft jenen beiden Principien auf Seiten der aequitas unterfällt; daß aber in vereinzelten Punkten ſolche Grundordnung in der Weiſe alterirt wird, daß die Principien der aequitas auch in die Sphäre des ius übergreifen, hier in verſchiedener Ausdehnung auf gewiſſe Klagen ihre Herrſchaft erſtreckend.

In jenem Zuſammentreffen ſelbſt aber der hier maaßgebenden mit den im erſten Buche erörterten Principien innerhalb der gleichen Hauptgebiete je von rigor und aequitas bekundet ſich eine Ordnung, welcher eine höhere Bedeutung, als eines rein äußerlichen und nur zufälligen Zuſammentreffens zukommt, die vielmehr auf einen tieferliegenden Grund und auf einen höheren leitenden Geſichtspunkt ſich zurückführt: denn, ſo lange als überhaupt iustitia und fides in ſchroffem und lebhaft empfundenem Contraſte zu einander ſtanden, konnte die Verbindlichkeit, die durch ſolennen Rechtsact begründet und ſo nun von dem Verpflichteten auf ſeine iustitia übernommen worden war, in nahe liegender Conſequenz der Auffaſſung auch hinſichtlich des Principes der Repreſſion einer ungerechtfertigten Vermögensſchädigung nur dem ius allein, als dem berufsmäßigen Regulator überwieſen werden, wogegen wiederum die geſchäftliche Verbindlichkeit, die, nicht durch Rechtsact begründet, als eine ſogenannte moraliſche der Sphäre der mores anheimfiel und lediglich auf Treu und Glauben: auf die fides allein des Verpflichteten geſtellt war, auch wiederum in der Richtung jenes Principes nur auf das aequum et bonum angewieſen ſein konnte, auf einen Regulator ſomit, der, als ein eigenes Stück der Volksanſchauung und bürgerlichen Sitte, Träger einer Summe von Poſtulaten und Sätzen war, die auf den Geſichtspunkt des nemo cum damno alterius locupletior fieri debet ſich zurückleiteten. Und dann wiederum: bei der Verbindlichkeit, welche ächte Rechtspflicht iſt und nach Exiſtenz, wie Gehalt dem Maaßſtabe des ius allein unterſtellt iſt, konnte der Richter am Angemeſſenſten auf einen

Wahrſpruch allein über Recht- oder Unrechthaben der Parteien nach Maaßgabe der dem Rechtsſtreite zu Grunde liegenden concreten Klagformel angewieſen werden, wogegen andrerſeits bei der auf der fides ſtehenden Verbindlichkeit der Schiedsrichter unmittelbar über den dem Streite zu Grunde liegenden concreten Thatbeſtand und hierbei zugleich auch über den öconomiſchen Gehalt des ſtreitigen Anſpruches in concreto zu erkennen hatte.

Was dagegen das Uebergreifen der aequitas auf das Rechtsgebiet betrifft, ſo unterfallen zuvörderſt dem Principe der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung die arbitria der leg. a. per iud. post., deren Gegenſatz auf Seiten des rigor ebenſo die lites und condictiones, wie die bezüglichen Klagen der leg. a. per man. ini. ergeben, wogegen die iudicia der leg. a. per iud. post., als Delicts- und Quaſidelictsklagen, jenem Gegenſatze der Principien ganz indifferent gegenüberſtehen, da ſolcher Gegenſatz nur auf das Contracts- und Quaſicontractsrecht, wie auf das dingliche Recht inſoweit ſich erſtreckt, als mit dem letzteren Anſprüche perſönlicher Beſchaffenheit auf Schadenerſatz oder Reſtitution einer Bereicherung ſich verbinden (§ 68). Dennoch aber waltet hierbei nicht jenes gleiche Verhältniß ob, wie ſolches in Bezug auf die mores einerſeits und auf das ius im Allgemeinen andrerſeits ſich ergab, daß nämlich innerhalb der nämlichen Sphäre die hier maaßgebenden beiden Principien der aequitas auf das ius übergreifen, innerhalb deren ſolches Uebergreifen für die Principien des erſten Buches conſtatirt worden iſt; vielmehr ſind es durchaus andere Rechtsverhältniſſe, welche mit arbitria bewehrt ſind, als jene Rechtsacte, welche der voluntatis ratio ſich unterordneten. Und zwar, wenn wir jene Rechtsverhältniſſe näher in's Auge faſſen, ſind es die dinglichen Rechte, wie die weſentlich einſeitigen Obligationen, welche auf Seiten der lites und condictiones, wie der leg. a. per man. ini. ſtehen, wogegen alle weſentlich oder zufällig zweiſeitigen Obligationen den arbitria überwieſen ſind. Und in Folge ſolcher Vertheilung gewinnt jener Moment des Uebergreifens der aequitas in die Sphäre des ius eine unendlich höhere Bedeutung, als ſolche der in § 32 beobachteten analogen Erſcheinung innerhalb der Sphäre der dort betrachteten Principien zukam. Denn einmal ſind in der Sphäre der hier maaßgebenden Principien die Vorkommniſſe, an denen

jene anomale Ordnung ſich ausprägt, weit zahlreicher, wie bedeutungsvoller; ſodann iſt es hier ein höherer ſyſtematiſcher Geſichtspunkt, welcher die Ueberweiſung jener Rechtsverhältniſſe an die aequitas beſtimmt; und endlich wird hier ſolche Anomalie auch durch eine eigene Formel vermittelt, mit welcher die arbitria in ihrer intentio ausgeſtattet ſind und welche ſelbſt, ſich concipirend auf quantum aequius melius est ob eam rem mihi a te dari, den Richter ausdrücklich auf eine maaßgebende Berückſichtigung der aequitas verweiſt (§ 102).

In ſolcher Formelconception des arbitrium aber offenbart ſich zunächſt der leitende Geſichtspunkt, daß a priori die alleinige Norm, welche ausſchließlich der Richter ſeinem Urtheile zu Grunde zu legen hat, das ius iſt im Gegenſatz namentlich zur aequitas, und daß eine Ausnahme hiervon einzig und allein durch ſolche Legisactionenformel begründet wird, welche den Richter auf eine Rückſichtnahme der aequitas expreß hinweiſt.

Und ſodann auch tritt in jener aequi et boni clausula der arbitria der Ausdruck aequum et bonum in techniſcher und legaler Verwendung hervor und gewinnt darin ſeine früheſte urkundliche Beglaubigung. Und aus dieſer älteſten officiellen Anwendung des Ausdruckes iſt wiederum zu erkennen, daß die Volksanſchauung dieſes Zeitraumes die aequitas noch nicht in jene Wechſelbeziehung zur fides oder bona fides ſtellt, in welcher dieſelbe in der zweiten Periode auftritt: Inbegriff und Träger aller für die fides maaßgebenden Poſtulate zu ſein, vielmehr dieſelbe einzig und allein noch in einer Beziehung zu den öconomiſchen Geſetzen des ſocialen Vermögensverkehres ſteht (§ 100); ja daß ſolche aequitas ſogar noch nicht jene Geſammtfülle von Anforderungen umfaßt, welche die ſpätere Zeit auf das Princip der Repreſſion einer ungerechtfertigten Vermögensſchädigung ſtützte, vielmehr dieſelbe nur erſt vereinzelte jener Poſtulate unter ſich begreift, die von Alters her ihr bei jener ihrer techniſchen Function innerhalb des Rechtes überwieſen wurden (§ 101 fg.).

Was dagegen das Uebergreifen des Principes der arbiträren richterlichen Cognition auf das Rechtsgebiet betrifft, ſo unterfallen demſelben theils die iurgia, demnach die iudicia, wie die arbitria der leg. a. per iud. post., theils die condictio triticaria, im Gegenſatze ſomit zu den lites und certi condictiones, und zwar

die arbitria bedingt dadurch, daß hier der Richter schon durch die aequi et boni clausula auf eine Entscheidung über den ökonomischen Gehalt des streitigen Rechtsanspruches verwiesen wird, die iudicia aber bedingt dadurch, daß nur bei den wenigsten Delicten und Quasidelicten das richterliche Urtheil auf eine absolut fixirte Geldsumme, vielmehr regelmäßig auf einen relativen oder concreten Maaßstab der Bemessung solcher Summe und somit auf eine arbiträre Cognition verwiesen ist, endlich die cond. triticaria bedingt dadurch, daß hier der Richter eine Schätzung der schuldigen Leistung zu geben hat, während im Gegensatze dazu bei den lites und der certi condictio die richterliche Thätigkeit darauf sich beschränkte, über das nackte Recht- und Unrechthaben an sich der Parteien zu entscheiden (§ 103).

Indem indeß, wie obbemerkt, die gegenwärtige Periode der aequitas eine weit beschränktere Sphäre, als die spätere Zeit beimaß, demgemäß aber ihr Urtheil über die Zubehörigkeit eines Rechtsgebildes zur aequitas lediglich auf dessen Bezüglichkeit zum Principe der Repression einer ungerechtfertigten Vermögensschädigung stützte, so begründete nun auch nach solcher Anschauung der gegenwärtigen Periode jene Unterordnung der iurgia, wie der condictio triticaria unter eine arbiträre richterliche Cognition noch nicht deren Auffassung als Aequitäts-Klagen.

Nach Alle dem ergiebt sich daher für den gegenwärtigen Zeitraum der historische Sachverhalt, daß vom Standpunkte der dort herrschenden Volksanschauung, welche der Sphäre der aequitas nur die Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung, nicht aber auch die arbiträre richterliche Cognition überwies, die arbitria der leg. a. per iud. post. allein Aequitäts-Klagen sind, wogegen die Unterordnung unter eine arbiträre richterliche Cognition zwar eine Eigenthümlichkeit der iurgia im Gegensatze zu den lites, und der triticaria im Gegensatze zu der certi condictio, noch nicht dagegen die Qualification der ersteren als Aequitäts-Klagen begründete.

§ 95.

Das Herrschaftsgebiet des rigor.

Das Herrschaftsgebiet des rigor ist das ius: wie jener in diesem allein eine Herrschaft übt, so beherrscht auch er allein

normaler Weiſe das Letztere, und nur exceptioneller und ſingulärer Weiſe tritt bei den arbitria der leg. a. per iud. post. und reſp. bei den iurgia und der triticaria condictio die aequitas in eine Concurrenz mit dem ius als mitbeſtimmendes Geſetz.

Allein indem, wie in § 68 dargelegt, das Princip der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung, wie deſſen Gegenſätze auf Seiten des rigor durchaus nur bei dem Contracts- und Quaſicontractsrechte, ſowie in der Sphäre des dinglichen Rechtes inſoweit zur Geltung gelangen, als an das letztere Rechtsverhältniſſe obligatoriſchen Characters ſich anknüpfen; und indem ſodann alle jene Rechtsverhältniſſe der Sphäre der leg. a. sacramento, per man. iniect. und per condictionem, wie den arbitria der leg. a. per iud. post. angehören, ſo ſind es allein die lites und condictiones, ſowie gewiſſe Rechtsverhältniſſe der leg. a per man. ini., welche das Herrſchaftsgebiet des rigor bezüglich jenes Principes ergeben, wogegen die iudicia der leg. a. per iud. post., weil die Delicts- und Quaſidelictsklagen umfaſſend, dieſem Principe völlig indifferent gegenüberſtehen.

Dagegen wiederum die Sphäre des Principes der gebundenen richterlichen Cognition iſt auf Seiten des rigor gegeben in den lites, wie in der certi condictio.

Was zunächſt nun das Princip der gebundenen richterlichen Cognition betrifft, ſo gewinnt dieſes in dem Legisactionenproceſſe ſeine prägnanteſte Ausprägung auf Grund der verbi ratio. Denn indem in dem Legisactionenproceſſe die actio des Klägers, wie die defensio des Beklagten in ſolenne Worte gekleidet wurden und ſo zum ſolennen Rechtsacte ſich geſtalteten (§ 2); indem ſodann bei dem ſolennen Rechtsacte von Alters her das rechtsverbindliche Element nicht in dem actum, ſondern in dem dictum gegeben war (§ 1. 5); indem daher der Rechtsanſpruch des Klägers vollſtändig aufgenommen und abſorbirt wird von deſſen Klagvorbringen, oder indem, mit anderen Worten, die civilrechtliche actio conſumirt wird von der proceſſualiſchen actio,[1147]) als dem ſolennen dictum; ſo fällt nun dem Proceßrichter die

1147) Keller, Civ. Pr. A. 712: „Die Regel der Conſumtion iſt anfänglich eine proceſſualiſche, äußerliche: dieſelbe leg. a. (voran die Intentio gegen dieſen Gegner geſprochen) nicht zum zweiten Mal.“

Aufgabe zu, über das ſtreitige Rechtsverhältniß nicht nach Maaßgabe ſeiner in Wirklichkeit geſtalteten, ſondern nach Maaßgabe ſeiner in den Worten der actio und defensio concipirten thatbeſtändlichen Verhältniſſe zu entſcheiden, ſomit alſo die Subſumtion des betreffenden Rechtsverhältniſſes unter den bezüglichen Rechtsſatz nicht nach Maaßgabe der empiriſchen Geſtaltung ſolchen Verhältniſſes, ſondern nach Maaßgabe ſeiner Darſtellung in der Proceßformel zu beurtheilen, indem ebenſowohl Alles, was über das dictum jener Formel hinauslag, juriſtiſch irrelevant war, als auch wiederum dieſes dictum ſtrict nach ſeinem Wortſinne maaßgebend war (§ 5), daher denn nun ebenſo das formelle Verſehen beim dicere den Verluſt des Proceſſes zur Folge hat (§ 2 unter d. e), wie auch die ſachliche Unrichtigkeit d. h. die pluspetitio.[1148])

Dieſe principiellen Vorausſetzungen aber gewinnen ihre Verwirklichung bei der leg. a. sacramento, wie per condictionem darin, daß beidemal dem Richter nicht die Entſcheidung über das Recht- oder Unrechthaben in dem ſtreitigen Rechtsverhältniſſe, als vielmehr über das Recht- oder Unrechthaben bei sacramentum, wie bei sponsio eingeräumt, ſomit alſo dort derſelbe nur entſcheidet utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit (A. 1150. § 97), hier dagegen derſelbe in die summa sponsionis allein verurtheilt (A. 1206. § 103).

Und indem ſomit ſolche Entſcheidung ebenſo nur nackter Wahrſpruch über das Recht- und Unrechthaben der Parteien, als auch an ſich nur präjudicialen Characters iſt, inſofern nur über einen Präjudicialpunkt, nicht aber in der Hauptſache ausdrücklich ein Urrtheil gegeben wird, ſo iſt nun damit auch dem Richter jedwede meritoriſche Entſcheidung über die Streitſache entzogen und damit demſelben namentlich auch die Entſcheidung über den öconomiſchen Gehalt des klagbar gemachten Rechtes,

1148) Keller, a. O. § 13: wie aber, wenn der Kläger 100 gefordert, der Beklagte die Forderung einfach beſtritten hatte, und wenn jetzt der Richter nach gepflogenen Verfahren ſich überzeugt, daß der Beklagte 50, aber nicht mehr, ſchuldig ſei? Hier bethätigt es ſich, daß der Entſcheid über das Sacramentum förmlich die vorherrſchende Aufgabe iſt, das ſtreitige Recht dagegen nur in ſecundärer und gleichſam dienſtbarer Weiſe zum Austrage kommt. Die Wette muß gewonnen und verloren werden. Auf alle Mittelfälle darf demnach der Richter gar nicht eingehen."

wie über das in concreto vom Beklagten zu leiſtende Quale und Quantum vollſtändig abgeſchnitten, wohingegen wiederum bei den iurgia auf Grund des Textes der Legisactionsformel ſelbſt, und bei der triticaria condictio auf Grund unmittelbarer geſetzlicher Vorſchrift Modificationen jener Ordnung Platz greifen (§ 103).

Und aus jener geſetzlichen Ordnung ergeben ſich nun auch ohne Weiteres die in § 75 unter III und § 79 a. E. dargelegten beiden Unterſätze des rigor, daß, indem die Legisaction aus der Formel einer actio und einer defensio ſammt der Mitrede des ius dicens ſich zuſammenſetzt, die defensio aber nur eine infitiatio, nicht aber wieder eine actio des Beklagten umfaſſen kann, jenes richterliche Urtheil das Recht- oder Unrechthaben der Parteien nur rückſichtlich der actio des Klägers, nicht aber rückſichtlich eines Gegenanſpruches des Beklagten betreffen und entſcheiden kann, im Uebrigen aber dem Richter durch die ihm vorgeſchriebene obige Faſſung ſeines Urtheiles ſchlechthin die Möglichkeit abgeſchnitten iſt, ebenſowenig wie über Quale oder Quantum der in lite befangenen Leiſtung, ſo auch nicht zu Gunſten des durch die Verwirklichung des Klaganſpruches etwa beeinträchtigten Intereſſe des Beklagten irgendwie temperirend einzugreifen und insbeſondere durch Anwendung irgend welcher Schutzmittel dagegen Vorkehrung zu treffen.

Die practiſche Durchführung aber des principiellen Standpunktes, welchen ſo der rigor gegenüber dem Poſtulate der Repreſſion der ungerechtfertigten Schädigung einnimmt, ermöglichte das älteſte Recht durch die in § 77 dargelegten Maximen, ſomit auf dem Wege, daß zunächſt das vermögensſchädigende Verhalten des Mitintereſſenten nach dem Geſichtspunkte ſeiner Schadenfähigkeit und zum Civilproceßdelicte qualificirt verpönt, mit der als Correctiv ſolchen Delictes geſetzten Privatſtrafe aber der Schadenerſatz ſelbſt zur einheitlichen Vermögenspräſtation verſchmolzen war, deren Verbindlichkeit nun lediglich durch den Eintritt des delictiſchen Thatbeſtandes, nicht aber durch die wirklich erlittene Schädigung begründet wurde; und daß ſodann für jene poena ein abſtracter Maaßſtab ihrer Bemeſſung geſetzt und bei relativer Strafhöhe das pretium rei, ſomit ein durchaus objectiver Maaßſtab zu Grunde gelegt war. Denn indem

damit allenthalben für den Richter die Cognition darüber entfiel, ob dem Forderungsberechtigten durch das delictiſche Verhalten des Gegners in concreto ein Schaden überhaupt erwachſen ſei, auf welche Summe ferner der etwa erwachſene Schaden ſich beziffere, und welche Rückſichtnahme endlich den individuellen Verhältniſſen des Geſchädigten bei Fixirung der Erſatzſumme zuzugeſtehen ſei; indem ferner das Civilproceßdelict nach § 77 als reiner Incidentpunkt mit der Klage wegen des Hauptanſpruches in der Weiſe zur proceſſualiſchen Einheit verſchmolzen war, daß die Entſcheidung über das Recht- oder Unrechthaben bezüglich des Hauptanſpruches zugleich ſtricteſt präjudicirlich war für die Frage wegen Verwirkung oder Nichtverwirkung der poena temeritatis, ſomit aber auch die expreſſe Entſcheidung dieſer Frage durch den Richter völlig entbehrlich war; indem endlich die ziffermäßige Fixirung der poena temere litigantis bei der dinglichen Klage durch Duplication der vor eigene arbitri litis aestimandae verwieſenen Schätzung des Proceßobjectes ſich ergab (§ 96), bei den lites in personam und den certi condictiones aber bald aus der in der Legisactionsformel genannten Summe ſei es durch ein einfaches Multiplicationsexempel, ſei es unmittelbar durch das Richterurtheil ſich fixirte, bald aber auch, was die Klagen aus lex mancipii und Damnationslegat auf certa res non fungibilis betrifft, in der dem Duplum zu Grunde zu legenden Einheit zweifelsohne ebenfalls durch ein arbitrium litis aestimandae beſonders ausgeworfen wurde und dann nun wiederum durch einfaches Rechenexempel ſich ergab (§ 97. 98); ſo konnte nun in der That das Richterurtheil, wie beſchehen, auf die nackte Entſcheidung allein über Recht- und Unrechthaben bei sacramentum oder sponsio poenalis beſchränkt und damit ex professo jede weitere Entſcheidung über Quale und Quantum einer Leiſtung, wie des Schadenerſatzes insbeſondere ausgeſchloſſen, ſo aber das Princip der gebundenen richterlichen Cognition in ſtrengſter und ſtarrſter Conſequenz zur Durchführung gebracht werden. Es war, mit Einem Worte, durch jene mannichfachen Mittel die Aufgabe gelöſt, daß das Richterurtheil einestheils ein präjudiciales war, und doch auch wieder anderntheils regelmäßig ein certum ſetzte. Wo aber trotz dem ſolches Urtheil ein incertum übrig läßt, welches zum Austrage

des Rechtsſtreites in ein certum umgeſetzt werden muß, da wird ſolches Complement des Urtheils innerhalb der leg. a. sacram. zum eigenen zweiten Proceſſe: in das arbitrium litis aestimandae (A. 1153. 1173), bei der cond. triticaria aber zum eigenen zweiten Urtheil: in das iudicium secutorium (A. 1295) verwieſen. Allein beide ſind in der That nur Nothbehelfe für den Fall, daß in dem Rechtsverhältniſſe an ſich und ſomit für die Legislation unbeſeitbar die Incertitudo begründet iſt. Keineswegs dagegen hat ſolches Supplementarverfahren die Aufgabe, eine in dem Rechtsſatze ſelbſt enthaltene, durchaus objective Incertitudo zu beſeitigen d. h. etwa für einen vom Geſetzgeber verwendeten Begriff von nur relativer Beſtimmtheit in Hinſicht auf den concreten Fall eine exacte Begränzung oder Beſtimmung zu liefern. Und dem nun entſpricht, daß innerhalb der Sphäre der leg. a. sacram. in personam, wie per cond. legis Siliae der legislatoriſchen Normirung von Thatbeſtänden Begriffe von nur relativer Beſtimmtheit: ein quanti res est, quanti interest u. dergl. ebenſo fremd ſind, wie fremd ſein müſſen, ja daß auch in Bezug auf die Beſtimmung des zu normirenden Thatbeſtandes die Legislation derartige Begriffe vermied: ein modicum oder utile tempus, eine iusta causa oder mora oder culpa in concreto u. dergl., während wiederum eine Supplirung von Lücken in der geſchäftlichen Diſpoſition, wie z. B. in § 28 unter B 2 der richterlichen Competenz vollſtändig ſich entzog (§ 10).

Was endlich insbeſondere die Haltung des rigor gegenüber den Poſtulaten der aequitas betreffs der Erſatzleiſtung für verſchuldet zugefügte ungerechtfertigte Vermögensſchädigung, wie der Reſtitution der ungerechtfertigten Bereicherung in § 75 unter I und II betrifft, ſo iſt hier, wie in § 79 dargelegt, die Stellung des rigor gegenüber der aequitas eine zwiefache.

Und zwar tritt der rigor zunächſt in einen conträren Gegenſatz zu der aequitas, indem er, ohne zwar das Princip der Repreſſion einer ungerechtfertigten Vermögensſchädigung zu adoptiren, doch gewiſſe Rechtsordnungen aufſtellt, durch welche gewiſſe Vorkommniſſe ſolcher ungerechtfertigten Schädigung in Wahrheit eine Repreſſion erfahren. Jene Rechtsordnungen ſelbſt aber ſind theils gewiſſe poenae temere litigantium, theils die a. auctoritatis, und zwar, was die erſteren betrifft, nach dem

XII Tafelrechte die poena iniustae vindiciae latae bei leg. a. sacram. in rem, die poena iniustae actionis susceptae bei a. auctoritatis, die poena iniustae infitiationis bei Klage aus Nexum, lex mancipii ſammt Damnationslegat auf certum, und ſo wohl auch bei der älteſten a. depensi, wie nicht minder die poena iniustae actionis motae bei iudicium contrarium des vindex gegenüber denjenigen Vorklagen, welche in Form der leg. a. per man. ini. iudicati oder pro iudicato gekleidet ſind; endlich nach den leges Silia und Calpurnia wiederum die poena iniustae sponsionis und restipulationis poenalis bei certi condictio auf Seiten des Beklagten, wie die poena iniustae litiscontestationis bei condictio triticaria (§ 78). Und zwar werden durch alle dieſe poenae temeritatis einerſeits zwar die bezüglichen Vorkommniſſe von frustratio restituendi und mora solvendi, wie die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution oder dinglichen Reſtitution nach ihrem öconomiſchen Gehalte (§ 96 fg.) in Wahrheit mit reprimirt, andrerſeits aber doch wiederum von einem total verſchiedenen leitenden Geſichtspunkte aus reprimirt, als ſolches von Seiten der aequitas beſchieht. Denn während die letztere die Vermögensſchädigung verpönt und ebenſo dieſes Verbot an den Thatbeſtand ſubjectiver Verſchuldung neben objectiver Rechtswidrigkeit anknüpft, wie auch mit ſolchem Verbote ſelbſt Rechtsmittel reiperſecutoriſcher Tendenz verknüpft, ſo unterſtellt der rigor, wie in § 77 dargelegt, das vermögensſchädigende Verhalten vielmehr dem Geſichtspunkte des Proceßdelictes der temeritas und ſtellt ſolches nun unabhängig von dem ſubjectiven Thatbeſtande irgend welcher culpa, während wiederum die poena temeritatis dem Gegner nicht gleich als Schadenerſatz, ſondern als Privatſtrafe zukommt. Demgemäß iſt daher eine in concreto obwaltende Congruenz des von dem rigor und des von der aequitas reprimirten Thatbeſtandes eine durchaus zufällige, nicht aber in thesi geſetzte, indem vielmehr im anderen Falle ein gegebener Thatbeſtand auch wieder der Satzung des rigor allein oder aber der aequitas allein unterfallen kann.

Und nicht minder geht ſodann die der a. auctoritatis zu Grunde liegende Rechtsordnung, welche die Haftung für Eviction mit der Mancipation allein und zwar ipso iure und ſchlechthin verknüpft (A. 1198), von einem durchaus verſchiedenen Grund-

gedanken aus, als jene Ordnung der aequitas, welche mit dem entgeltlichen alienatoriſchen Contracte die Verpflichtung zur Eingehung der stipulatio duplae vel simplae verbindet (§ 87), ſo daß auch hier die Congruenz des der Rechtsordnung des rigor und der aequitas unterfallenden Thatbeſtandes nur eine zufällige, nicht aber theoretiſch gegebene iſt.

Ueber die Sphäre jener beiden Ordnungen hinaus: der poenae temere litigantium, wie der a. auctoritatis tritt dagegen der rigor in ein durchgehends und rein negirendes Verhältniß zur aequitas, indem in keinem Punkte die Poſtulate und Unterſätze der Letzteren irgend wie zu geſetzlicher Anerkennung und Geltung gelangen, weder bezüglich der Leiſtung des Schadenerſatzes, noch bezüglich der Reſtitution einer Bereicherung, und im Beſonderen weder die vindicatio ſei es in Form der leg. a. sacramento, ſei es des agere per sponsionen, noch auch die perſönlichen Klagen der leg. a. sacram., per man. ini., wie per condictionem die der formula petitoria, wie bon. fid. actio überwieſenen Nebenaufgaben als Schädenwie als Bereicherungsklagen übernehmen (§ 96—98).

Eine bemerkenswerthe Epiſode in der Geſchichte des rigor ergiebt jedoch das 4. und 5. Jahrhundert d. St., inſofern in dieſem Zeitraum in ausgedehnterer Maaße eine Reception latiniſchen Rechtes, reſp. großgriechiſcher Provenienz in das röm. Recht ſich vollzog: im J. 311—329 der certi condictio aus der Stipulation durch die lex Silia, 419—424 des Expenſilationsrechtes durch die Interpretatio, 416—466 der triticaria cond. aus der Stipulation durch die lex Calpurnia, wie 467 des damnum iniuria datum durch die lex Aquilia (§ 99). Und zwar gewinnt von allen dieſen Rechtsinſtituten für die Geſchichte des Principes der Repreſſion der ungerechtfertigten Bereicherung eine beſondere Wichtigkeit die cond. triticaria, inſofern bei dieſer der Debitor nur für culpa in faciendo zu haften hat und ſomit dann, wenn durch casus oder durch culpa in non faciendo die totale oder partielle Vereitelung der Solution herbeigeführt worden iſt, derſelbe von ſeiner Schuldverbindlichkeit liberirt wird (§ 98), dieſe Rechtsordnung aber im ſchroffſten Gegenſatze zu dem XII Tafelrechte ſteht, wonach der Debitor unbedingt und ſomit auch für den casus haftet (§ 97).

Und dem Allem entſpricht nun auch, daß in den älteſten, uns überlieferten theoretiſchen Behandlungen der Lehre vom Zufall:

bei Comificius und Cicero die fortuna oder später der casus im Gegensatze zur culpa oder Verschuldung nirgends als ein die contractliche oder quasicontractliche oder dingliche Verpflichtung modificirender Moment berührt, vielmehr lediglich dessen juristische Relevanz in der Sphäre des Delictrechtes behandelt wird,[1149] während wiederum die theoretische Ausbildung der Lehre von dolus malus als Vorsatz und von culpa als Fahrlässigkeit erst dem Ausgange der Republik angehört, hier auf Qu. Mucius Scaevola Pont. zurückgehend (A. 1390).

Im Uebrigen ist solche rein negirende Haltung des rigor gegenüber dem Principe einer Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung keineswegs auf eine legislative Billigung solcher Schädigung zurückzuführen, als vielmehr aus der der Volksanschauung inneliegenden und von der Gesetzgebung adoptirten Auffassung der dem paterfamilias obliegenden Pflicht zur diligentia zu erklären. Denn indem es hiernach als geboten galt, ebenso bei eintretender frustratio restituendi oder mora solvendi unverweilt mit Klage wider den Gegner vorzugehen, wie auch bei Abschluß von Rechtsgeschäften durch die lex privata für diejenigen Vorkommnisse und Verhältnisse vorzusehen, aus denen eine Vermögensschädigung des Interessenten zu befürchten stand, und so nun namentlich auch gegenüber den manichfachen Fällen einer Einwirkung von Zufall oder Verschuldung, von Vorsatz oder Fahrlässigkeit auf die geschäftlichen Verhältnisse durch bezügliche Vertragsbestimmungen Vorsorge zu tragen, so entfiel nun damit für die Gesetzgebung jede Veranlassung, zum Schutze der negligentia, welche solche Vorsicht verabsäumte, und dieselbe gewissermaaßen sancirend irgend wie durch lex publica direct einzugreifen (§ 104).

§ 96.

Fortsetzung.
A. Die dingliche Klage der XII Tafeln.

Die dingliche Klage der XII Tafeln, in der Form der leg. a. sacramento ihre prozessualische Ausprägung gewinnend, folgt in allen ihren Sondererscheinungen, wie in allen ihr inliegenden Be-

1149) Voigt, Bedeutungswechsel 20 fg.

ziehungen durchaus den Geſetzen des rigor: in dem Principe der gebundenen richterlichen Cognition, wie gegenüber dem Principe der Repreſſion einer ungerechtfertigten Vermögensſchädigung. Und zwar findet ſolches Verhältniß ſeine ganz prägnante Ausprägung in der dabei dem Richter angewieſenen functionären Stellung und insbeſondere in der ganz eigenthümlichen Begränzung des richterlichen Officium gegenüber der Frage hinſichtlich der aus dem Unrechthaben ſich ergebenden pecuniären Conſequenzen. Denn indem dem iudex einzig und allein darüber ein Urtheilsſpruch freigegeben wird: utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit;[1150]) indem ſomit demſelben nur eine präjudiziale, nicht aber eine meritoriſche Entſcheidung nachgelaſſen wird, welche etwa direct auf die Zuſtändigkeit des klageweiſe verfolgten Rechtes ſich richtete und explicite die Frage beantwortete: utrius ea res, qua de agitur, ex iure Quir. sit, oder etwa verurtheilungsweiſe ausſpräche: Aulo Ag. a Numerio Neg. rem, qua de agitur, restitui iubeo; ſo iſt nun hiermit dem Richter ſchlechthin die Möglichkeit abgeſchnitten, irgend wie maaßgebend hinſichtlich des concreten öconomiſchen Gehaltes des Rechtsſtreites ſich zu äußern und denſelben beſtimmend zu beeinflußen, ſo daß demnach ſeiner Cognition, wie Competenz auch die Entſcheidung der Frage gänzlich entzogen iſt, welche pecuniäre Conſequenz im Allgemeinen aus dem Recht- oder Unrechthaben für die Parteien ſich ergebe und wie etwa im Beſonderen nach Quale oder Quantum die daraus reſultirende Leiſtung in concreto ſich beſtimme. Daher trägt ſolches Urtheil unmittelbar in der That nur dem ethiſchen Intereſſe der Parteien Rechnung, welches in der Thatſache an ſich des Recht- oder Unrechthabens belegen iſt und welches bei der geſammten Anſchauungsweiſe der älteſten Römer rückſichtlich der ethiſchen Pflichten (S. 172 fg. 228 fg.) immerhin einen nicht geringen Eigenwerth hatte, wo-

1150) Vgl. Keller, Civ. Pr. A. 201 und dazu Gai. IV, 95: si aput Cviros agitur, summam sponsionis — petimus — per legis actionem, wobei, wie ſchon Römer in kritiſcher Ueberſchau III, 442 fg. bemerkt, sponsio als untechniſche Bezeichnung des sacramentum von Gai. geſetzt iſt und wonach das Urtheil ſicher nicht meritoriſch lautete, ſondern präjudiziell, diesfalls aber es als eine Breviloquenz des Ausdruckes anzuſehen iſt, wenn Gai. auf ein Numerium sacramentum dare oportere an Stelle des Numerii sacramentum iniustum esse hinweiſt.

hingegen jenem Urtheile für die finanziellen Intereſſen der Parteien nur eine mittelbare Bedeutung zukam, inſofern als aus jenem Recht- oder Unrechthaben noch gewiſſe öconomiſche Conſequenzen für die Parteien folgeweiſe ſich ergeben. Vielmehr gelangen wiederum dieſe öconomiſchen Conſequenzen theils in der leg. a. per man. ini. zur Geltung und Durchführung, theils gewinnen dieſelben auch in der datio vindiciarum und dem arbitrium litis aestimandae eine ſeparate Ordnung, wie Fixirung.

Zuvörderſt aber die vindiciarum dictio und datio hat die Bedeutung, der einen Partei den interimiſtiſchen Prozeßbeſitz von Gerichtswegen zu übertragen, wie eventuell deſſen Reſtitution von Seiten des unterliegenden Prozeßbeſitzers ſicher zu ſtellen. Und zwar iſt der Gegenſtand ſolcher Reſtitution einestheils die res d. i. das Prozeßobject ſelbſt, wie anderntheils der fructus (A. 1151) d. i. der von der vindiciarum datio ab von jener res gezogene Nutzungsgewinn oder die omnis causa (A. 1156), wobei nun insbeſondere jene res nach Individualität, Qualität, wie Quantität beſtimmt wird durch den körperlichen Gehalt deſſen, was von dem rem manu adprehendere der Vindication ergriffen worden iſt: denn indem von Alters her das Vindicationsobject in Gegenwart des Prätor adprehendirt werden, ſomit bei der Klaganſtellung ſelbſt körperlich vorhanden ſein muß; indem daher die Vindication auch nur wider denjenigen und nur inſoweit angeſtellt werden kann, als Jemand zu jenem Zeitpunkte Beſitzer iſt, inſoweit dagegen, als ein innegehabter Beſitz wieder verloren oder aufgegeben worden iſt, dieſelbe juriſtiſch unmöglich iſt; ſo wird nun auch durch jene Präſenz der Sache und durch das körperliche rem adprehendere in Verbindung mit den daſſelbe begleitenden ſolennen Worten die res als das Streitobject erſchöpfend ſubſtantiirt: nach Individualität, Quale und Quantum, nach Haupt- wie Nebenſache, und ſo denn nun auch für die vindiciarum datio, wie restitutio maaßgebend fixirt. Die Sicherſtellung ſelbſt aber der Reſtitution der res ſammt fructus wurde gewonnen von Alters her durch praedum litis vindiciarum datio, in Folge deren die praedes dem Prätor gegenüber zu Gunſten des Gegners die Garantie für ſolche Reſtitution übernahmen,[1151]) während ſpäter,

1151) Gai. IV, 16: praetor — eum (sc. secundum quem vindicias

in der Kaiſerzeit an Stelle ſolcher praedum datio die dem in rem agere per sponsionem entlehnte stipulatio pro praede litis vindiciarum trat[1152]).

Mit ſolcher datio praedum oder stipulatio pro praede ſteht ſodann in einem Correſpondenzverhältniſſe das arbitrium liti oder ſpäter litis aestimandae bezüglich deſſen wiederum die XII Tafeln bei Fest. v. vindiciae p. 376 M. p. 84 Momms. (Fest. Cod. quatern. XVI) verordneten:

Si vindiciam falsam tulit, si velit is, [prae]tor arbitros tris dato. Eorum arbitrio [rei,] fructus duplione damnum decidito.[1153])

dicebat) iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarium id est rei et fructuum; 94: pro lite et vindiciis id est pro re et fructibus a possessore petitori dabantur praedes: vgl. Pseudo Asc. in Cic. in Verr. p. 191: praedes — dicuntur satisdatores locupletes pro re, de qua apud iudicem lis est, ne interea, qui tenet, diffidens causae possessionem deteriorem faciat, tecta dissipet, excidat arbores et culta deserat. Die datio praedum geſchah zu Gunſten des Gegners; die Obligirung der praedes ſelbſt aber war Rechtsgeſchäft zwiſchen dieſen und dem Prätor: Mommſen in Abhandl. d. ſächſ. Geſ. der Wiſſ. phil. hiſt. Cl. II, 468: vgl. Keller, a. O. A. 229. Wegen des Falles, daß der Beklagte die praedum datio ablehnte ſ. A. 943 fg.

1152) Vgl. A. 1313. Dies bekunden negativ Gai. IV, 94: olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis — a possessore petitori dabantur praedes; affirmativ. Paul. 1 Sent. (fr. Vat. 336): cum quo ag[itur suo nomine, si quidem in rem, pro praede litis et] vindiciarum adver[sario satisdare cogitur vel iudicatum solvi; — — alieno nomine] in rem pro praede litis et [vindiciarum vel iudicatum solvi — — satisdatur], was Keller, a. O. § 56 unter 1 a überſieht. Nicht dagegen war ſolches der Fall zur Zeit von Cic. in A. 1313 cit. Wegen der Conception jener Stipulation ſ. A. 1314.

1153) Die erſte Lücke wollen Keller a. O. A. 108 und Müller a. O. ergänzen und reſp. emendiren: [st]litis [vindiciarum prae]tor dagegen Wetzell, Vind. Pr. 32: [qui vicit prae]tor; allein dies iſt unſtatthaft, weil der dafür erforderliche Raum mangelt: es iſt nur Platz für 3 oder 4 Buchſtaben, und reſp. weil darin eine nicht unabweisbare Aenderung des Textes si ve liegt. Die zweite Lücke will Wetzell, a. O. 33 ergänzen: neglecti; allein auch dafür mangelt wieder der Raum; dagegen Müller und Keller a. O. proponiren: reus; allein dieſe Ergänzung iſt ſinnwidrig: denn reus bedeutet ja in den XII Taf. der Intereſſent und insbeſondere die Prozeßpartei, nicht aber der Beklagte. Dagegen wird die Ergänzung rei geſichert durch Gai. IV, 16: praedes — dare — rei et fructuum und 94: pro re et fructibus — dabantur praedes: ſ. A. 1151. Endlich Schöll, leg. XII tab. 74. 92. 161 lieſt: sive litis; allein vor Allem dürfte

Und zwar ſtellt ſich die ſachliche Bedeutung dieſes Geſetzes dahin, daß dem in der leg. a. verurtheilten Vindicien-Beſitzer („qui vindiciam falsam tulit") auf ſein Verlangen („si velit is") vom ius dicens ein arbitrium von tres arbitri zu beſtellen iſt („praetor arbitros tris dato"), ſomit aber, da die datio arbitri Seitens des Prätor zur Zeit der XII Taf. nothwendig durch Legisaction vermittelt wird, dem Inhaber der Vindicien ein arbitrium der leg. a. per iud. postulationem zugeſprochen wird. Und dieſe arbitri haben nun die lis („arbitrium liti aestimandae")[1154] oder die Vindicien d. i. res, wie fructus (A. 1151) zu würdern, wonach dann der das arbitrium Poſtulirende durch Zahlung des Duplum ſolcher Taxe ſeine Rechtsverbindlichkeit an den Gegner zu bereinen oder zu begleichen hat („eorum arbitrio rei, fructus duplione damnum decidito")[1155]. Insbeſondere aber unter fructus iſt nicht die Frucht: der fructus der ſpäteren Jurisprudenz, als vielmehr die omnis causa oder der Nutzgewinn überhaupt zu verſtehen[1156], wie ſolches namentlich bezeugt wird in dem Commentar zum obigen Geſetze von Gai. 6 ad l. XII tab. (D. XXII, 1, 19) und insbeſondere von dem daſelbſt citirten Proculus, wie

Aelius Gallus: si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu haec numeranda esse, quod locata ea re mercedis nomine capi potuerit.

---

dann erſt nachzuweiſen ſein, welchen Sinn überhaupt ſolche Leſung haben ſoll; insbeſondere aber die Bemerkung S. 92: ne codicum quidem fide nititur „si velit is" ergiebt kein Argument, da in der That ſehr wenig darauf ankommt, ob der Abſchreiber ſchrieb: si velit is oder sive litis: denn der Urcodex hatte ja doch sivelitis geſchrieben, und ſo ſchreibt in der That auch Vat. 2731. Alles dies aber rechtfertigt die obige Leſung von praetor, wie Orſini lieſt, und rei worauf Wetzell a. O. hinweiſt.

1154) Val. Prob. de Not. § 4. no. 10: A. L. A.: arbitrum liti aestimandae.

1155) Vgl. Voigt, Bedeutungswechſel 149 fg.

1156) In gleicher Bedeutung kommt fructus vor in der stipulatio iudicatum solvi (A. 953), in der honorar. fructuum licitatio und fructuaria stipulatio des Interdictenproceſſes: Gai. IV, 166—169; im Edict. aed. cur. in Dig. XXI, 1, 1. § 1: sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem (A. 1356); bei Gai. IV, 167. 169. 170 bezüglich des iudicium Cascellianum fructuarium und Calpurnianum, und ſonſt noch öfter: Beil. XXI § VII und A. 165. Vgl. auch Ulp. 17 ad Ed. (D. VIII, 5, 4. § 2. fr. 6 § 6. VII. 6, 5. § 3. 4. 6) und Lab. und Pomp. daſ. Im Allgemeinen vgl. § 113.

Mit der obigen Auffaſſung jenes Geſetzes tritt nun allerdings zunächſt darin Keller, Civ. Pr. 316 in Widerſpruch, daß nach ihm bei dem arbitrium litis aestimandae nicht an einen neuen Prozeß gedacht werden dürfte, der etwa mit einer anderen leg. a. anzuheben geweſen wäre, ſondern daß daſſelbe wahrſcheinlich ein Nebenverfahren geweſen ſei, ſei es vor demſelben Judex oder Collegium, ſei es vor einem Ausſchuße des letzteren oder vor Arbitri. Allein wenn ſchon gegen dieſe Auffaſſung bedenklich macht, daß deren Negative durch keinerlei Argument geſtützt iſt, welches die entgegenſtehende, bereits von Wetzell, Vind. Pr. 63, Leiſt, Rechtsſyſt. 36 und J. G. H. O. Gallenkamp, de excutione ap. Rom. Berol. 1854 § 3. vertretene Annahme entkräftete, ſo wird andrerſeits wiederum der affirmative Theil der Annahme wiederlegt durch das obige XII Tafelgeſetz ſelbſt: „praetor arbitros tris dato; eorum arbitrio— damnum, decidito.“ Denn das „arbitros tris“ ergiebt, daß als Richter der arbiter, ſomit der Einzelrichter fungirt und zwar, gleich wie bei der a. fin. regundorum, in der Dreizahl, demnach aber weder dem iudex, noch auch den Cviri oder einem Senate derſelben oder dem Ausſchuße eines ſolchen das Richteramt zukömmt, da ja die Cviri nur als Colleg, nicht aber als Einzelrichter, und nur als iudices, nicht aber als arbitri fungiren. Und ſodann wiederum das „praetor arbitros dato“ ergiebt, daß durch datio der Richter für das arbitrium beſtellt wird d. i. durch magiſtratiſche Einſetzung einer individuell benannten Perſon zur Richterfunction, demnach alſo nur der Einzelrichter, nicht aber die Cviri ſolche Function bekleiden, da die Letzteren nicht durch ſolche datio als Richter denominirt werden, ſondern als Colleg die Rechtsſache zur Aburtheilung einfach überwieſen erhalten. Und endlich ergiebt das „praetor arbitros dato“ auch wieder, daß nicht ein einfaches Nebenverfahren der leg. a. sacramento in Frage ſteht, ſondern daß ein ganz neuer und ſelbſtſtändiger Prozeß, ſomit eine neue leg. a. eintrat, da eine neue iudicis datio erfolgte: denn für Entſcheidung eines Rechtsſtreites durch den arbiter datus bedarf es bei Beginn von deſſen Thätigkeit eines Actes, durch welchen derſelbe über den Status des Streites, wie ſolcher in iure ſich fixirt hatte, inſtruirt wurde; ſolche Inſtruction aber wird in dem älteſten Civilproceſſe einestheils nicht durch den ius dicens, ſondern durch den Kläger: in der causae coniectio dem Richter

ertheilt; und anderntheils wird jener Status der Streitfrage nothwendig durch die Legisaction: durch ſolenne Worte fixirt, deren es um deßwillen nothwendig bedarf, damit jene Inſtruction im Munde des Klägers diejenige Präciſion und Beſtimmtheit annehme, welche im Intereſſe der objectiven Wahrheit unentbehrlich war, Momente, welche wegen des Streites über die Preisbeſtimmung von res und fructus um ſo ſicherer auf die leg. a. per iud. postul. als Form des obigen arbitrium hinweiſen, als die Quellen für die Zeit der XII Taf. arbitria, als Prozeßverfahren außerhalb jener leg. a. überhaupt gar nicht kennen [1157]).

Und ſodann wiederum ſtellen Keller § 16 cit., ſowie Römer in Krit. Ueberſchau 1855. II, 381 fg. den Satz auf, daß das arbitrium litis aestimandae ein nicht dem unterliegenden Vindicien-Beſitzer, als vielmehr dem obſiegenden Kläger zuſtändiges Rechtsmittel geweſen ſei, eine Aufſtellung, die ihre Begründung wiederum durch den anderweiten Satz gewinnen ſoll, es ſei bei Condemnation wegen anderer Rechtsanſprüche, als auf baar Geld, die Reducirung der erſteren auf letzteres zum Zwecke der Execution, ſomit für Anſtellung der leg. a. per man. ini. erforderlich geweſen. Denn, ſagt in letzterer Beziehung Römer a. O. 382, die manus iniectio habe von jeher einen auf eine beſtimmte Geldſumme lautenden Anſpruch vorausgeſetzt, daher zu deren Ermöglichung jeder Anſpruch auf irgend ein anderes Rechtsobject nach geſprochenem Urtheile in eine beſtimmte Geldſumme habe umgeſetzt werden müſſen. Und zwar habe Huſchke, Recht des Nexum 13 A. 17 dargethan, daß das XII Tafelgeſetz bei Gell. XX, 1, 45:

Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunto.
Post deinde manus iniectio esto

weſentlich ein auf Geld lautendes Urtheil vorausſetze, und Rudorff zu Puchta, Inſt. § 179. s. habe dieſe Anſicht durch eine Reihe von Quellenbelegen unzweifelhaft gemacht.

Allein Huſchke a. O. bietet durchaus nicht den Beweis jenes Principſatzes, als vielmehr nur die Deduction: der Wechſel von Genetiv und Ablativ in dem citirten Geſetze gebiete die Conſtruction: aeris rebus iudicatis XXX dies sunto in dem Sinne: „für

1157) Wider Alles dies ergeben keine Gegengründe die Geſtaltungen, in denen nach den XII Tafeln arbitria litis aestimandae auftreten.

baar Geld, welches, wenn die Sachen zu Recht abgeurtheilt ſind, eintritt, ſollen 30 Rechtstage ſein." Solche Deduction Huſchke's iſt jedoch ſelbſt völlig unhaltbar, weil einestheils dieſe Conſtruction deſſelben eine durchaus unangemeſſene Redeweiſe den Decemvirn unterlegt, indem ſolchenfalls die Redewendung aeris iudicatis XXX dies sunto unendlich näher lag, anderntheils aber auch gar keine Veranlaſſung zur Annahme ſolcher grammaticaliſch abnormen Conſtruction vorliegt: denn den gleichen Wechſel von Genetiv und Dativ (nicht aber, wie Huſchke annimmt, von Ablativus) bieten z. B. auch die lex (Thor.) agr. v. 643 in C. J. L. I no. 200 lin. 85: quam agri, aedifici, loci vectigalibusve publiceis fruendeis locandeis, vendundeis legem deixerunt, und die leges colonicae nach Sic Flacc. de cond. agr. 157, 13: qui agri delubris sepulchrisve publicisque solis, itineris, viae, actus, ambitus, ductusque aquarum — servierint: derſelbe iſt hier, wie dort durch euphoniſtiſche Rückſichten beſtimmt.

Und wiederum von den von Rudorff citirten Stellen haben gar keine Beziehung zur obigen Frage Gell. XX, 1, 42 und Gai. III, 78, während von den anderen beiden Belegen zunächſt Gai. IV, 2 Nichts beweiſt, weil Gai. die Formel der leg. a. per. man. ini. auf Grund ergangener iudicatio mit der auf Grund beſchehener damnatio (A. 1160) combinirt und ſo nun geradezu genöthigt war, ſolche combinirte Formel auf baar Geld zu concipiren, in Folge des Umſtandes nämlich, daß allerdings auf Grund der damnatio jene leg. a. nur dann gegeben wurde, wenn die confessio in iure ſelbſt auf baar Geld gelautet hatte; und ſodann wird ebenſowenig etwas bewieſen durch die andere Stelle aus Liv. XXIII, 14, 3: edixit (sc. dictator M. Junius Perna anni 536), qui capitalem fraudem frausi quique pecuniae iudicati in vinculis essent, — — eos noxa pecuniaque sese exsolvi iussurum, da hier durch pecuniae iudicatum esse die privatrechtliche Vermögensverbindlichkeit im Gegenſatz zu der criminellen Strafverhaftung als Grund der Feſſelung gegenübergeſtellt iſt, ſonach pecunia gar nicht baar Geld bezeichnet, als vielmehr in der Bedeutung auftritt, die es allein im älteſten Rechte repräſentirt: von Vermögensſtück, Vermögenswerth, Vermögen. [1158])

1158) Vgl. A. 239. Thl. II A. 152. Voigt, drei epigraph. Conſtitut.

Erweiſen ſich daher die Stützpunkte für jene Annahme, daß die leg. a. per man. ini. nur wegen Geldforderungen zuläſſig geweſen ſei, als unhaltbar, ſo ſteht nun überdem auch dieſelbe im directeſten Widerſpruche theils damit, daß wegen furtum manifestum, wie lance licioque conceptum jene leg. a. Platz griff,[1159]) obgleich doch diesfalls eine Geldforderung höchſtens zufällig in Frage kam, theils aber auch mit dem Texte des obcitirten XII Tafelgeſetzes ſelbſt: denn in den Worten „aeris confessi rebusque iure iudicatis“ iſt in der That ganz unzweideutig die Gegenüberſtellung enthalten von Rechtsanſprüchen auf baar Geld: aes und von Rechtsanſprüchen im Allgemeinen: res und ſomit der Rechtsſatz ausgeſprochen, daß die leg. a. per man. ini., welche auf Grund der confessio in iure und der darauf ergehenden magiſtratiſchen damnatio eintritt,[1160]) nur wegen Geldforderungen Platz greift, während diejenige, welche auf Grund richterlicher iudicatio erhoben wird, irgend welcher qualitativen Beſchränkung bezüglich des Objectes des Rechtsanſpruches nicht unterliegt.

Hiermit aber fällt zugleich auch für die anderweite Annahme, daß das arbitrium litis aestimandae bei der leg. a. sacramento in rem dem Kläger zuſtehe, jeder Rechtfertigungsgrund hinweg, während im Uebrigen auch dieſe in directem Widerſpruche ſteht mit den XII Tafeln ſelbſt. Denn zuvörderſt das letztbeſprochene Geſetz: rebus iure iudicatis XXX dies iusti sunto; post deinde manus iniectio esto, beſagt durchaus Nichts davon, daß zwiſchen die iudicatio und die manus iniectio noch eine litis aestimatio ſich einſchiebe, vielmehr wird im Gegentheil der Eintritt ſolcher litis

---

A. 58. So auch im Decrete des collegium trib. pl. v. 543: Liv. XXVI, 3, 8; in der lex Sempronia v. 561 und dem bezüglichen S. C.: Liv. XXXV, 7 (Beil. XII § XXXI); in der lex Cornel. sumpt. v. 637 (Beil. XIX A. 80): Gai. III, 124; in der lex Jul. repet. v. 695 bei Macer 1 Jud. publ. (D. XLVIII, 11, 7. pr.); lex Rubr. v. 705 c. 21, 22; lex Jul. mun. v. 709. II, 73; lex Falcid. v. 714 bei Paul. ad l. Falc. (D. XXXV, 2, 1. pr.); lex Jul. peculat. bei Ulp. 44 ad Sab. (D. XLVIII, 13, 1); in der techniſchen Bezeichnung leges de pecuniis repetundis; im Edicte de pecunia constituta in Dig. XIII, 5, 1. § 1; in der lex pabuli. hibern. vendund. bei Cat. RR. 149, 2; endlich häufig in der Litteratur.

1159) Gai. III, 189. Gell. XI, 18, 8. 9. XX, 1, 7.

1160) Vgl. Voigt, Bedeutungswechſel 146.

aestimatio in jenem, im §. 303 abgefaßten Geſetze überhaupt noch gar nicht berückſichtigt, vielmehr lediglich in dem zuvor beſprochenen, im §. 304 abgefaßten Geſetze über die Vindicien gleich als modificirende Ausnahme nachgetragen. Und ſodann dieſes letztere Geſetz ſelbſt wieder: si vindiciam falsam tulit, si velit is, praetor arbitros tris dato, ſtellte den Antrag auf Einſetzung jenes arbitrium mit ausdrücklichen und völlig unzweideutigen Worten in das freie Belieben des Reſtitutionspflichtigen, keineswegs dagegen des Klägers. Ja dieſe letztere Anordnung trägt allein auch den Character des ſachlich Angemeſſenen an ſich: denn der Reſtitutionsempfänger hat doch durchaus kein Intereſſe, ein arbitrium litis aestimandae anzuſtellen, da ihm ja die Execution den Beklagten mit Leib und Vermögen in die Hand giebt und ſo ihm Alles überliefert, was an Capitalkraft der Letztere beſitzt, wie in ſich trägt, gleichgültig im Uebrigen, auf wie hoch oder niedrig der Rechtsanſpruch des Erſteren ſeinem Geldwerthe nach ſich ſtellt; wohl aber hat der Reſtitutionspflichtige dann, wenn er die Reſtitution zu leiſten ſchlechterdings nicht mehr in der Lage iſt, das allerdringendſte Intereſſe, jenes arbitrium anzuſtellen, um nicht völlig hülf- und rettungslos der Execution ſeines Gläubigers, eventuell jedweder Erpreſſung deſſelben anheimzufallen, vielmehr mit einem Opfer von 100 % der res ſammt fructus an den Gegner die Vernichtung ſeiner bürgerlichen Exiſtenz abzuwenden.

Durch Alles dies aber gewinnt die obige Auffaſſung ihre Begründung, daß nach erfolgter iudicatio dem verurtheilten Beſitzer des Prozeßobjectes die Anſtellung eines arbitrium litis aestimandae in Form der leg. a. per iud. post. geſetzlich nachgelaſſen war, ſomit alſo nach der iudicatio die Sachlage im Allgemeinen in der Weiſe ſich geſtaltete, daß, dafern der Vindicienbeſitzer geſiegt hatte, alles Prozeßverfahren ohne Weiteres ſein Ende fand, dann aber, wenn der Vindicienbeſitzer unterlegen war und die Reſtitution nicht leiſtet, einerſeits dem Sieger ebenſo wider Jenen die leg. a. per man. iniectionem, wie bezüglich der praedes litis vindiciarum die Imploration beim Prätor auf Vollziehung des wider die erſteren Platz greifenden ſtaatsrechtlichen Executionsverfahrens zuſteht, andererſeits dagegen dem Beſiegten und Reſtitutionspflichtigen zur Abwendung dieſer Rechtsmittel des Siegers außer dem iudicium contrarium oder der actio revoca-

toria[1161]) auch das arbitrium litis aestimandae zukommt. Und dieſes arbitrium iſt dementſprechend auch dem praes litis vindiciarum, wie dem in der leg. a. per man. iniectionem eingetretenen vindex beizumeſſen.[1162])

Dagegen bei der leg. a. sacramento in rem der Kaiſerzeit, wo an Stelle der praedum datio die satisdatio pro praede (A. 1314) Platz griff, galt, ebenſo wie beim in rem agere per sponsionem, im großen Ganzen die gleiche Ordnung, wie zu entnehmen iſt aus

Gai. IV, 89: si — in rem tecum agam, satis mihi dare debes; aequum enim visum est [te i]deo, quod interea tibi rem, quae an a[d] te pertineat dubium [est], possidere conceditur, cum satisdatione mihi cavere, ut si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas,[1163]) sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis;

und nur inſofern trat eine Abweichung ein, als dem Sieger neben der a. iudicati auch noch die a. ex stipulatu wider den Unterliegenden, ſowie anſtatt der Imploration beim Prätor wider die praedes die a. ex stipulatu wider die sponsores zuſtand (vgl. § 84 a. E.), für die Letzteren aber wiederum in Folge deſſen das Bedürfniß der Anſtellung des arbitrium litis aestimandae ganz entfiel.

So daher überträgt die Uebernahme der Vindicien auf den Beſitzer die unbedingte Verpflichtung zu dereinſtiger Reſtitution von res und fructus für den Fall des Prozeßverluſtes, eine Verpflichtung, deren Nichterfüllung ohne Weiteres die Execution nach ſich zieht, es ſei denn, daß der Beſitzer durch Anſtellung des arbitrium litis aestimandae und durch Zahlung des Duplum vom Preiſe der res, wie fructus an den Berechtigten von ſolcher Verbindlichkeit ſich freikauft.

In ſolcher geſammten Ordnung der Dinge aber prägt ſich auf das Reinſte und Beſtimmteſte jene in § 77 dargelegte leitende Tendenz und Methode des rigor aus: indem die den Berechtigten

---

1161) A. 861. Vgl. Keller, a. O. A. 983.

1162) Dieſem allein mißt jenes arbitrium bei Wetzell, Vind. Pr. 67.

1163) D. h. die Litisäſtimation auf ſich nehmen, ſo z. B. Gai. IV, 75.

ſchädigende objectiv widerrechtliche Nichtreſtitution der übernommenen Vindicien von dem Geſetze reprimirt wird, ſo wird dieſelbe vor Allem nicht als einfache Widerrechtlichkeit, ſondern als Civilprozeßdelict: als temeritas litigii behandelt und demgemäß lediglich auf ſolchen objectiven Thatbeſtand allein der Nichtreſtitution, nicht aber auf den ſubjectiven Thatbeſtand einer Verſchuldung: von Dolus oder von Culpa die geſetzliche Repreſſion geſtützt; und dementſprechend wird ſodann mit jener Nichtreſtitution die Verbindlichkeit zur Leiſtung nicht des Schadenerſatzes, als vielmehr einer Geldſtrafe: der poena dupli verknüpft, welche ſelbſt nun das reiperſecutoriſche Element eines Schadenerſatzes in der Maaße vollſtändig abſorbirt und deckt, daß die Frage wegen des vom Berechtigten wirklich erlittenen Schadens juriſtiſch gar nicht zur Geltung gelangt; demzufolge iſt daher die dem temere litigitans auferlegte Leiſtung durchaus unabhängig von dem in concreto erlittenen Schaden des Gegners, vielmehr wird dieſelbe nach einem abſtracten Maaßſtabe quantificirt, ſo daß das richterliche Officium nicht die Eruirung jenes Schadens, als vielmehr lediglich die Eruirung der dieſem Maaßſtabe zu Grunde liegenden Summen-Einheit umfaßt, als welche ſelbſt wiederum das pretium rei oder quanti res est: der Preis von res und von fructus gegeben iſt.

Dahingegen den Unterſätzen der aequitas, wie ſolche in § 75 dargelegt ſind, ſteht jene Ordnung des rigor durchaus fern: der Geſichtspunkt der Verhinderung einer ungerechtfertigten Bereicherung kommt weder gegenüber dem Reſtitutionspflichtigen zur Geltung: denn dieſer hat allen gezogenen Nutzungsgewinn zu reſtituiren, gleichgültig ob etwa die Früchte nach ihrer Production durch Zufall oder durch Negligenz deſſelben wieder untergingen, und andererſeits hat derſelbe auch wiederum lediglich den von der Lit. Cont. ab gezogenen Nutzungsgewinn zu reſtituiren, gleichgültig, welchen Gewinn derſelbe aus dem Beſitze des Vindicationsobjectes bis zur Lit. Cont.: bis zur datio praedum oder stipulatio pro praede etwa gezogen hatte; noch auch kommt jener Geſichtspunkt gegenüber dem Reſtitutionsberechtigten zur Geltung: denn dieſer iſt zum Erſatze von nothwendigen oder nützlichen Impenſen, welche der Verpflichtete auf res oder auf fructus verwendete, nicht verbunden. Und ebenſo iſt jene Rechts-

ordnung unabhängig geſtellt von den bezüglich der ungerechtfertigten Schädigung auf Seiten der aequitas maaßgebenden Kategorieen von Zufall und Verſchuldung, von Dolus und Culpa: mit der Uebernahme der Vindicien iſt die Verpflichtung zu deren Reſtitution im Falle der condemnatio unbedingt und unabweisbar verknüpft, mag nun durch Verſchuldung des Pflichtigen oder durch unberechenbaren Zufall die zu reſtituirende res oder fructus vernichtet oder deteriorirt worden ſein,[1164]) während wiederum die vorſätzliche Verweigerung der Reſtitution von Seiten des Pflichtigen deſſen Haftung über das geſetzte Maaß des Duplum hinaus nicht ſteigert oder verſchärft, ſo daß demnach derſelbe in der Lage iſt, durch Verweigerung ſolcher Reſtitution und Erlegung des Duplum der litis aestimatio wider den Willen des Berechtigten im Beſitze des Vindicationsobjectes ſammt omnis causa ſich zu behaupten.[1165]) Daher wird denn auch für die Berückſichtigung und Cognition aller dieſer Momente und für die Erledigung aller

---

1164) Vgl. A. 1151. Mit Unrecht folgert Wetzell, Vind. Pr. 19 aus Pseudo-Asc. p. 191 cit., daß der Vindicienbeſitzer nicht für Zufall gehaftet habe. Die Unſtatthaftigkeit ſolcher Folgerung iſt bereits dargelegt von Sell, dingliche Rechte I², 298 A. ***; überdem aber iſt ſolches argumentum e silentio aus einem Autor, wie Pseudo Asc. um ſo unſtatthafter, als derſelbe nicht den in ſolennen Worten verlautbarten Inhalt, als vielmehr nur den Zweck der betreffenden Rechtsgeſchäfte mittheilt. — Gleiche Ordnung galt übrigens von Born herein ſogar bei der formula petitoria: noch die Proculianer überwieſen das periculum des Vindicationsobjectes demjenigen, der die stipulatio iudicatum solvi geleiſtet hatte: A. 1579.

1165) Dieſe Thatſache wird beſonders bekundet theils durch Justinian. im Cod. VI, 4, 4. § 4, theils durch den Vorgang bei Liv. XL, 29; im J. 573 waren nämlich im Felde des L. Petillius zwei Särge gefunden worden, deren einer die angeblichen Bücher Numa's enthielt; der Prätor Q. Petillius bat ſich nun ſolche Bücher vom Lucius aus und behielt dieſelben an ſich unter der Erklärung: sese libros eos in ignem coniecturum esse; priusquam id faceret, se ei permittere, uti, si quod seu ius seu auxilium se habere ad eos libros repetendos existimaret, experiretur, und ſtellte damit dem Lucius den Rechtsweg oder die Interceſſion der Tribunen frei. Hierbei nun muß Quintus ſicher geweſen ſein, daß, wenn Lucius die rei vindicatio wählte und er ſelbſt nach Uebernahme des Vindicien-Beſitzes deſſen Reſtitution verweigerte, ihn nicht die addictio traf, dafern er ſelbſt nämlich das arbitrium litis aestimandae erhob und das Duplum der Aeſtimation dem Lucius zahlte.

daraus in concreto etwa zu ziehenden Consequenzen nirgends in der leg. a. sacramento in rem der geeignete Platz oder das erforderliche processualische Organ gewährt: denn der iudex d. h. die Cviri gab nur das präjudiciale Urtheil ab über Recht- oder Unrecht-Haben, ohne irgend wie eine meritorische Entscheidung über die Streitfrage und deren pecuniäre Regelung erlassen zu können; dagegen die arbitri litis aestimandae sind reine Taxatoren und lediglich berufen, die res sammt fructus ihrem quanti res est nach im Simplum zu würdern, während jede meritorische Entscheidung über die Restitutionspflicht an sich oder deren concrete Modificirung, Steigerung oder Minderung schlechthin der Competenz dieses Richters entzogen bleibt.[1166])

Und so läßt denn nun endlich auch jene Rechtsordnung die financielle, wie juristische Frage wegen der frustratio restituendi und der Restitution an einem nicht legalen Leistungsorte gänzlich unberührt: restituirt der Pflichtige innerhalb der dreißig Tage so res, wie fructus an irgend welchem Orte des Staatsgebietes, so erschöpft er damit die ihm obliegende Verpflichtung, ohne gehalten zu sein, für etwaigen Schaden, der dem Berechtigten dabei erwuchs, dem Letzteren Ersatz zu leisten. Dahinwiederum die verschuldete Vereitelung oder Beeinträchtigung der Restitution nach ihrem öconomischen Gehalte ist einerseits zwar gedeckt, andrerseits aber auch wiederum ihrer systematischen Stellung und Bedeutung beraubt durch die Ordnung, daß die gleichmäßige

1166) Selbst in der formula petitoria kommt der casus nicht in der pronuntiatio de restituendo, welche der iudicatio der obigen beiden Prozeßformen parallel ist, sondern erst in der iudicatio, welche dem obigen arbitrium litis aestimandae parallel ist (A. 976), zur Geltung und Berücksichtigung: der casus wendet nicht jene, sondern diese ab (A. 974). Allein diesen Effect gewinnt derselbe dadurch, daß bei der formula petitoria der Richter in der iudicatio nicht als reiner arbiter, sondern auch als iudex fungirt, somit nicht bloß ein taxatorisches sondern zugleich ein meritorisches Urtheil abzugeben berufen ist (A. 977), was bei den obigen Prozeßformen eben nicht der Fall ist. Dagegen die Impensen kommen bei der formula petitoria in der pronuntiatio de restituendo in Berücksichtigung und zwar in Folge des Umstandes, daß der iudex nicht mehr ein präjudiziales Urtheil abgiebt, wie die Cviri oder der Sponsionsrichter, sondern ein meritorisches Urtheil; und das Rechtsmittel sodann zur Geltendmachung der Impensen war von Born herein die exc. doli (83 unter C) somit ein Rechtsmittel, welches den früheren Zeiten ganz unbekannt war.

Verpflichtung den Schuldigen auch dann traf, wenn Zufall die Reſtitution vereitelt oder verkürzt hatte.

Dem gegenüber iſt aber der leitende legislative Grundgedanke, der bei der obigen Rechtsordnung maaßgebend iſt, in der Auffaſſung zu finden, daß es einem Pflichtgebote der dem pater familias obliegenden diligentia entſpreche, bei eingetretener Eigenthumsverletzung unverweilt mit der Klage vorzugehen, ein Geſichtspunkt, der ja in gleicher Weiſe auch in der Setzung der ſo kurzen Uſucapionsfriſten ſich ausſpricht. Denn in der That, während die Verzögerung der Reſtitution des Vindicationsobjectes Seitens des Beklagten, welche es auf den Proceß ankommen läßt, ohne irgend welchen beſonderen Nachtheil für Jenen iſt, da derſelbe nur die mit dem Kläger ihm gemeinſame Gefahr der poena iniusti sacramenti übernimmt, dagegen ſelbſt bei Uebernahme der Vindicien nach Verluſt des Proceſſes lediglich das fremde Gut ohne weiteren Schadenerſatz reſtituirt, ſo iſt dagegen die Zögerung des Eigenthümers mit Anſtellung der Vindication mit der größten Gefahr für dieſen ſelbſt verknüpft. Denn da nur an der exiſtenten Sache die Vindication möglich iſt, ſo iſt derſelbe durch den ſei es zufälligen, ſei es vom Beklagten verſchuldeten Untergang des Vindicationsobjectes mit Verluſt ſeiner Vindication bedroht, ohne irgend welchen anderen Schutz dagegen zu haben, als durch die aus einem etwaigen Delicte des Beſitzers ſich ergebende Delictsklage, und in gleichem Verhältniß trifft ſodann auch den Eigenthümer die Gefahr der Deterioration des Vindicationsobjectes bis zu Anſtellung ſeiner Klage. Und wie nun alle dieſe Momente ergeben, daß die unverweilte Anſtellung der Vindication in der That als ein Pflichtgebot der diligentia patrisfamilias in älteſter Zeit aufgefaßt ſein mußte, ſo nun erklärt ſich auch hieraus die obige Rechtsordnung: während einerſeits durch alsbaldige Anſtellung der Klage, namentlich bei der raſchen Erledigung der Proceſſe in älteſter Zeit, der Eigenthümer erheblichere Vermögensverluſte vermeiden konnte, ſo fand nun andrerſeits die Geſetzgebung keine Veranlaſſung, für den Fall der Vernachläſſigung jenes Pflichtgebotes der darin begangenen negligentia des Verletzten durch irgend welche demſelben günſtige Rechtsordnungen ſchützend und aushelfend beizuſtehen.

§ 97.

Fortſetzung.

B. Die stricti iuris actiones in personam der XII Tafeln.

Von den perſönlichen Klagen der XII Tafeln ſtehen auf Seiten des rigor zunächſt bezüglich des Principes der gebundenen richterlichen Cognition die lites oder die der leg. a. sacram. angehörigen Klagen; dahingegen bezüglich der Nichtanerkennung des Principes einer Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung theils die lites, theils gewiſſe Klagen der leg. a. per man. ini., ſomit in erſterer Beziehung die a. vadimonii deserti, depensi und auctoritatis, wie die Klagen aus dotis dictio,[1167] nexum und lex mancipii,[1168] an welche letztere dann ſpäterhin

---

1167) Wegen der a. vadimonii deserti vgl. A. 218; Karlowa, Civ. Pr. 324 fg. überweiſt dieſelbe in Widerſpruch mit Gai. IV, 21. 22 und ohne allen Grund der leg. a. per man. ini. — Wegen der a. depensi vgl. A. 294 und § 78 unter 3 d; durch die lex Publilia v. 427 (Beil. XIX A. 76) ward ſie der leg. a. per man. ini. überwieſen. — Wegen der a. auctoritatis vgl. A. 1198. — Wegen der Klage aus dotis dictio vgl. A. 217.

1168) Bei nexum, wie mancipatio liegt die ſolenne nuncupatio ebenſo dem dans, wie dem accipiens ob: A. 67. Dies ergeben zahlreiche Zeugniſſe auch bezüglich des mancipio dans insbeſondere, ſo z. B. Cic. de Off. III, 16, 67: hoc in mancipio Marius non dixerat; de Orat. I, 39, 178: neque servire quandam earum aedium partem in mancipii lege dixisset; Proc. 6 Ep. (D. L, 16, 126): si quum fundum tibi darem, legem ita dixi: „Uti optumus maximusque“ esset; Gai. I, 123: a parentibus (i. e. qui mancipio dant) et a coemptionatoribus (i. e. qui mancipio accipiunt) iisdem verbis mancipio accipiuntur, quibus servi. Durch die lex mancipii konnten nun der dans, wie der accipiens obligatoriſche Verpflichtungen übernehmen, ſo z. B. der dans die Garantie eines beſtimmten modus agri: Lab. bei Paul. 2 Quaest. (D. XIX, 1, 42. ſ. bei. A. 1185), oder zuſtändiger Servitutenrechte: Alf. 4 Dig. ep. (D. XVIII, 1, 40. § 1): in lege fundi aquam accessuram dixit, oder der Servitutenfreiheit: Instr. fid. in C. J. L. II no. 5042 lin. 1 fg.: fundum, — uti optumus maxumusque esset, — mancipio accepit, und andererſeits wiederum der accipiens z. B. die Verpflichtung zur Zahlung des creditirten, durch vadimonium zu ſichernden pretium oder auch zur Zahlung eines vectigal von dem mancipirten fundus: Plin. Ep. VII, 18, 2: agrum — mancipavi; eundem vectigali inposito recepi, wozu vgl. Cic. de leg. agr. III, 2, 9., zur Zahlung des Damnationslegates: A. 1169, die Verpflichtung durch lex ut remancipetur (d. i. pactum fiduciae): Gai. I. 140 und 172: ea lege mancipio dedit, ut remancipetur,

die a. legati aus dem Damnationslegate durch die Interpretatio angeſchloſſen wurde,[1169]) ſowie in letzterer Beziehung die a. iudi-

---

Justin. im Cod. VI, 4, 4. § 25, wie durch lex ut manumittatur, Beides insbeſondere bei adoptio und emancipatio, letztere aber auch in noch anderen Fällen: Voigt, Cond. ob caus. A. 642 und dergl. m. Die Klage aus ſolcher lex mancipii, ausgenommen aus dem pactum fiduciae, wo die fidei clausula die Klage den arbitria überwies: A. 1265, unterfällt ebenſo wie die Klage aus dem nexum der leg. a. sacr.: Cic. de Orat. I, 38, 173 (A. 1305), 39, 179 (A. 463), vgl. Paul. sent. rec. II, 17, 4 u. a. m., ſowie A. 869, wogegen die Annahme der leg. a. per man. ini. bei Keller, Civ. Pr. A. 253 aller Begründung entbehrt. Und ebenſo unwahr iſt das Princip, daß die Auferlegung einer Verbindlichkeit in der Form von damnas esto den Werth und Effect einer richterlichen Condemnation habe, indem vielmehr daſſelbe widerlegt wird zunächſt durch die Klagen, welche auf einem legislatoriſchen damnas esto beruhen: a. leg. Aquiliae: Beil. XIX § II unter 3, Cic. p. Rosc Com. 18, 54. Plin. H. N. IX, 59, 182, Pseudo-Quint. Decl. 13. 385. Exc. p. 396. Burm., ſowie Klage aus c. V der lex colon. aus den Zeiten der Republik in den Agrimenſoren S. 264 (worüber vgl. Voigt in Ber. d. ſächſ. Geſ. d. Wiſſ. hiſt. phil. Cl. 1873. S. 59 fg.), wo wegen der mittelſt damnas esto auferlegten Pflicht für den Fall ihrer Verletzung eine richterliche condemnatio in Ausſicht geſtellt wird, und wo ſonach das damnas esto um deßwillen den Werth und die Bedeutung einer richterlichen Condemnation nicht haben kann, weil ja andernfalls dieſelbe um der Unſtatthaftigkeit einer doppelten iudicatio de eadem re (Keller, Civ. Pr. § 71) die wirkliche richterliche iudicatio ausſchließen würde, — eine ganz einfache, bereits in Beil. XIV A 22 ausgeſprochene Conſequenz, welche jetzt nun auch beſtätigt wird durch die lex col. Juliae Genet. c. 125. 126. 128—130, wo bezüglich aller ſieben Klagen das Geſetz lautet: sestertium *x* colonis coloniae — dare damnas esto eiusque pecuniae, qui eorum volet, recuperatorio iudicio apud II virum — actio, petitio, persecutio — esto, ſomit alſo das damnas esto ein iudicium recuperatorium zur Folge hat. Dazu geſellen ſich dann noch die Klagen, welche durch ein privates damnas esto vermittelt werden: a. legati sinendi modo: Gai. II, 213, a. legati per damnationem: Capito bei A. 1174 u. a. m. vgl. Voigt, Bedeutungswechſel 148. Wie überhaupt das Dictum des Privaten: damnas esto zum Werthe eines Richterurtheiles, das ſelbſt gar nicht einmal ſo lautet, kommen ſoll, dafür wäre doch vor Allem erſt die ſtaatsrechtliche Möglichkeit zu deduciren!

1169) Die Klage aus dem Damnationslegat ward von Vorn herein begründet durch testamentum per aes et libram, ſomit durch lex mancipii zwiſchen testator und familiae emtor (Leiſt, B. P. I, 147) und ward erſt längere Zeit nach Ausbildung dieſes Teſtamentes durch die Interpretatio geſchaffen, wie theils Gai. II, 102, theils die Quellen in A. 870 ergeben. Diesfalls aber konnte dieſelbe nur an die Klage aus lex mancipii interpretativ ange-

cati und die a. damnati aus confessio in iure, [1170]) zu denen dann ſpäter noch die durch jüngere Geſetze ſolcher Proceßform überwieſenen Klagen aus Quaſicontracten treten.

Zunächſt nun bei den lites, indem ſolche in die Form der leg. a sacramento ſich einkleiden, greift die gleiche in § 96 für die leg. a. sacramento in rem hervorgehobene eigenthümliche Beſtimmung und Begränzung des richterlichen Officiums Platz, daß, indem dem iudex nur darüber ein Urtheil freigegeben war: utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit (A. 1150), nicht aber demſelben die Ermächtigung ertheilt war, eine direct die ſtreitige Rechtsverbindlichkeit betreffende Condemnatoria: Aulo Ag. a Numerio Neg. *x* dari iubeo auszuſprechen, demgemäß auch hier das Richterurtheil jenen durchaus präjudicialen Character an ſich trug, direct ausſchließlich nur auf das Recht- oder Unrechthaben an ſich der Parteien beim sacramentum ſich zu richten. Und wenn nun auch ſolche Entſcheidung inſoweit noch einen über jene Präjudicialfrage hinausgreifenden meritoriſchen Effect hat, als durch das Urtheil über das Unrechthaben beim sacramentum zugleich implicite eine Entſcheidung über das Unrechthaben bei dem ſtreitigen Rechtsfalle ſelbſt, wie reſp. über ſonſtige poena temeritatis gegeben war, ſo bleibt doch wiederum die Tragweite ſolchen meritoriſchen Effectes durchaus beſchränkt auf jene Frage allein der nackten Zuſtändigkeit an ſich des obligatoriſchen Anſpruches oder reſp. des entſprechenden Verpflichtetſeins des Beklagten, ohne irgendwie einen Anhalt zu geben für eine weitere Entwickelung etwaiger öconomiſcher Conſequenzen, welche aus jenem Recht- oder Unrechthaben an ſich in concreto für die Parteien ſich ergeben, indem hierfür wiederum die ſolennen Legisactionsworte allein des Klägers reſp. unter Zurechnung der

---

lehnt und ſomit deren juriſtiſchen Naturelles theilhaft gemacht (A. 870), demgemäß aber auch nur der leg. a. sacr. überwieſen werden. Die Annahme der leg. a. per man. ini., welche Keller, Civ. Pr. A. 253, wie ich ſelbſt noch in Cond. ob. caus. A. 185 ausgeſprochen, iſt irrig: A. 1168. In Bezug auf Cic. p. Rosc. com. 4, 13. 5, 14. insbeſondere iſt maaßgebend, daß die leg. a. sacr. durch die lex Aebutia nicht aufgehoben ward (§ 106), daher zu Cicero's Zeit die obige Klage noch nicht condictio, ſondern lis war. Im Uebrigen vgl. noch § 135.

1170) Wegen letzterer Klage vgl. Voigt, Bedeutungswechſel 146.

poena temere litigantis maaßgebend waren. Mit Einem Worte: das Richterurtheil beſchränkt ſich auch inſoweit, als demſelben eine meritoriſche Bedeutung zukommt, durchaus nur auf die pure Rechtsfrage an ſich in Bezug auf Forderung und obligatoriſche Verbindlichkeit, ohne irgendwie eine Entſcheidung hinſichtlich des Quale oder Quantum ſolcher Verbindlichkeit für den concreten Fall zu bieten. Für eine Entſcheidung daher der mannichfachen That- und Rechtsfragen, wie ſolche bei den bon. fid. actiones bedingt wird durch eine Berückſichtigung und Relevanzerklärung der zahlreichen Fälle von ungerechtfertigter Schädigung oder Bereicherung in Contracts- oder Quaſicontracts-Verhältniſſen, für die Bemeſſung ſomit des modificirenden Einfluſſes, welchen alle dieſe Thatbeſtände in concreto auf die Obliegenheit des Beklagten nach Quale und Quantum etwa ausüben könnten, wie überhaupt für eine Wahrung und Salvirung der durch den Proceß etwa berührten Intereſſen des Letzteren; für Alles dies fehlt dem Sacraments-Richter ebenſo die Competenz zur Cognition, wie auch die Form amtsmäßiger Kundgebung des Urtheiles, daher denn auch allen jenen Thatbeſtänden eine juriſtiſche Relevanz ſchon um deßwillen nicht beigemeſſen ſein konnte, weil das Recht kein richterliches Organ gewährt, welches die aus einer Relevanz jener Thatbeſtände ſich ergebenden beſonderen Conſequenzen berufsmäßig zu ziehen, zu fixiren und zu verlautbaren gehabt hätte.

Alle jene Momente erhalten aber auch im Einzelnen eine hiſtoriſche Beſtätigung. Denn zunächſt die Vereitelung der Solution am legalen Leiſtungsorte ward zuerſt in dem folgenden Zeitabſchnitte durch das Edict De eo quod certo loco legislativ bei stricti iuris a. geregelt und verpönt (§ 119).

Sodann die Rechtsordnung der mora solvendi gelangte erſt in den bon. fid. actiones und auch hier nur ſchrittweiſe zur Ausbildung, indem anfänglich die Mora und die Vereitelung der Solution als einheitlicher Thatbeſtand aufgefaßt und geregelt wurden (A. 1371); und erſt in der zweiten Periode erfolgte eine auch dann nur beſchränkte Uebertragung jener Wirkungen auf die stricti iuris a.: nicht aller Wirkungen, ſondern nur gewiſſer, nicht auf die certi, ſondern nur auf die trit. cond., von Vorn herein nicht allſeitig, ſondern nur Seitens der Proculianer (§ 137). Und

dem entſprechen die der älteren Jurisprudenz entlehnten, für die a legati per damn. maaßgebenden Sätze bei

Gai. II, 260: legatorum — usurae (sc. si heres moram solutionis fecerit) non debentur;

Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 7): si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit.[1171])

Dann wiederum bezüglich der mora accipiendi iſt maaßgebend, daß dieſelbe in der Kaiſerzeit beim Damnationslegate nicht ipso iure, als vielmehr ope exc. doli mali zur Geltung gelangt (A. 1679):

Jul. 33 Dig. (D. XXX, 1, 84. § 3): si cui homo legatus fuisset et per legatarium stetisset, quominus Stichum, quum heres mancipio dare (Trib.: tradere) volebat, acciperet, mortuo Sticho exceptio doli mali heredi proderit;

Pomp. 6 Ep. (D. XXXIII, 6, 8): si heres damnatus sit dare vinum, quod in doliis esset, et per legatarium stetit, quominus accipiat, — legatarium petentem vinum ab herede doli mali exceptione placuit summoveri, si non praestet id, quod propter moram eius damnum passus sit heres;

Marcell. 20 Dig. (D. XLVI, 3, 72. pr.): qui X debet, si ea obtulerit creditori et ille sine iusta causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit; etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset; quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse.[1172])

1171) Wegen der Modification beider Sätze in der Kaiſerzeit ſ. § 136.

1172) Der zweite Theil dieſer Stelle lautet: et sane si servus erat in dote eumque obtulit maritus et is servus decessit aut numos obtulit eosque non accipiente muliere perdiderit, ipso iure desinet teneri. Da nun Marcell. im erſten Theile die mora accipiendi durch exc. doli zur Geltung kommen läßt, im letzten Theile dagegen: bei der dos ipso iure, ſo folgere ich daraus, daß in beiden Theilen verſchiedene Rechtsverhältniſſe beſprochen

Denn da ein der exc. doli mali entſprechendes Rechtsmittel dem Legisactionenproceß fehlt, ſo iſt daraus zu entnehmen, daß hier die mora accipiendi entweder völlig effectlos war oder einen Effect durchaus verſchiedener Beſchaffenheit hatte. Und da das Erſtere nicht denkbar iſt, indem es den Gläubiger in die Lage verſetzt hätte, nach ſeinem Belieben den Schuldner zum Depoſitar der res debita unter ſtrengſter Verhaftung für ſolche zu machen, ſo iſt die Annahme berechtigt, daß das namentlich von Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3) für die emtio vend. bekundete und an ſich dem älteſten Rechte conforme Verfahren der denuntiatio an den Gläubiger und der nachfolgenden Dereliction aus dem Rechte der XII Taf. ſtamme. Diesfalls daher ergab ſich bei mora accipiendi ein zwiefaches Verhalten für den Schuldner: entweder es erließ derſelbe an den Gläubiger eine denuntiatio (A. 224), die Aufforderung zur Vornahme des Solutionsgeſchäftes enthaltend, im Falle von deren Nichtbeachtung er befugt war, der res debita durch Dereliction oder bei Geldſchulden durch depositio in aede sacra ſich zu entäußern und ſo ſich zu liberiren (§ 86 unter I B 4), oder aber derſelbe beruhigte ſich bei der mora, welchenfalls nun dieſelbe juriſtiſch effectlos war d. h. in Nichts die dem Schuldner obliegende Verbindlichkeit veränderte.

Ferner die verſchuldete Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte wird bei den stricti iuris actiones der XII Tafeln dadurch völlig irrelevant, daß die dem Schuldner obliegende Leiſtungspflicht denſelben unbedingt vinculirt in der Maaße, daß einerſeits die caſuelle und ſomit unverſchuldete Unmöglichkeit der Solution denſelben von jener ſeiner Verbindlichkeit nicht befreit, während andrerſeits wiederum die Verſchuldung ſolcher Nichtleiſtung durch Dolus oder Culpa ſolche Verbindlichkeit nicht modificirt oder ſteigert, ſomit aber

---

waren (anders Mommſen, Beitr. I, 307. A. 37)'; und da die im erſten Theile ſtatuirte Ordnung harmonirt mit der bezüglich des Damnationslegates anderweit bezeugten Ordnung, ſo folgere ich daraus, daß in jenem Theile von dieſem Legate gehandelt war. — Vgl. auch Paul. 24 ad Ed. (D XLV, 1, 73. § 2) und dazu A. 1217. — Endlich nicht dem Geſichtspunkte der mora, ſondern des dolus malus ordnet ſich unter Gai. 30 ad Ed. prov (D XLIV, 4, 6); anders Mommſen, a. O. — Im Uebrigen vgl. A. 1687.

ſolche Verſchuldung einer Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution juriſtiſch ohne allen Effect verbleibt und in Folge deſſen auch die betreffende Contracts- oder Quaſicontracts-Klage der ſpeciellen Verwendbarkeit als Erſatzklage wegen der ſo herbeigeführten Schädigung entbehrt.[1173]). Jene für die stricti iuris actiones des XII Tafelrechtes gültige Rechtsordnung ſelbſt aber hinſichtlich der unbedingten Haftung des Schuldners auf Solution der contractlich oder quaſicontractlich obliegenden Leiſtung tritt in den uns überlieferten Quellen insbeſondere noch bei der a. legati aus dem Damnationslegate zu Tage, wo von Vorn herein der Erbe und Legatsſchuldner unbedingt zur Solution des Legates verpflichtet war, auch wenn die betreffende Leiſtung aus irgend welchem Grunde ohne deſſen Verſchuldung demſelben unmöglich war. Denn dieſe Ordnung bekundet ſich zunächſt in dem auch noch von der ſpäteren Rechtswiſſenſchaft inconſequenter Weiſe (ſ. § 135) feſtgehaltenen Rechtsſatze, daß der Erbe, dem die Solution einer res aliena vom Teſtator auferlegt iſt, auch dann zu ſolcher verpflichtet bleibt, wenn der Eigenthümer jener res deren Veräußerung verweigert und ſomit durch Zufall die Solution unmöglich gemacht wird:[1174])

Capito bei Lab. 2 Post. (D. XXXII, 1, 30. § 6): si aedes alienas, ut dares damnatus sis neque eas ulla condicione

---

1173) Dieſe Rechtsordnung in Verbindung mit der im Obigen dargelegten Ausſchließung des Richters von jedweder meritoriſchen Entſcheidung in dem Prozeſſe weiſt mit Beſtimmtheit darauf hin, daß, dafern die Klagen aus dotis dictio, lex mancipii und Damnationslegat auf eine certa res non fungibilis oder auf ein incertum ſich richteteten, dem verurtheilten Beklagten gleich wie bei der vindicatio ein arbitrium litis aestimandae freigegeben war, welches ihm ermöglichte, durch Zahlung des Duplum der Taxe die Execution abzuwenden und welches zugleich im Falle der infitiatio des Beklagten bei Klage aus lex mancipii oder Damnationslegat den Summenanſatz der certa res non fungibilis ergab, nach dem die von ihm zu leiſtende poena dupli ziffermäßig ſich fixirte. Dies wird überdem bekundet dadurch, daß ſolches arbitrium litis aestim. bei der in Form der leg. a. sacram. eingekleideten a. repetundarum legis Calpurniae, wie Juniae ſich vorfindet: Voigt, Cond. ob caus. 236 fg.

1174) Dieſe Rechtsordnung ward auch auf das Singularfideicommiß übertragen: Ulp. 2 Fideic. (D. XXXII, 1, 11. § 17); vgl. im Allgemeinen § 136. Wegen der ſpäteren Theorien ſ. § 135.

emere possis, aestimare iudicem oportere, quanti aedes sint, ut pretio soluto heres liberetur;

Gai. 1 Fideic. (D. XXXII, 1, 14. § 2): si cui legatum relictum est, ut alienam rem redimat vel praestet, si redimere non possit, quod dominus non vendat vel immodico pretio vendat, iustam aestimationem inferat; Inst. II, 198: si quis rem suam legaverit, deinde post testamentum factum rem abalienaverit, — ipso iure debeatur legatum; § 202: aliena res legari potest, ita ut heres [rem] redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat; vgl. § 262.

Ulp. 51 ad Ed. (D. XXX, 1, 71. § 3): si aliena res legata sit negetque dominum eam vendere, — — aequissimum est — concedi ei ex hac causa aestimationem officio iudicis praestare;

J. Just. II, 20, 4.

Und ſodann iſt jene Rechtsordnung auch noch zu erkennen, theils aus der ſingulären Ordnung bezüglich der condicio impossibilis beim Legate, welche, als nicht geſetzt behandelt, von der Verbindlichkeit zu deſſen Zahlung nicht liberirt (§ 135), theils aus dem obcitirten Jul. 33 Dig. (D. XXX, 1, 84. § 3), inſofern dieſe Stelle, indem ſie der mora accipiendi den Effect beimißt, bei ſpäter eingetretener Unmöglichkeit der Solution ope exceptionis die Klage zu elidiren, auf eine Theorie hinweiſt, wonach ohne Concurrenz ſolcher mora accipiendi der Debitor durch die caſuelle Unmöglichkeit von der Solutionspflicht nicht liberirt wird. Hierdurch allenthalben aber begründet ſich in der That bezüglich der Klagen des XII Tafelrechtes die Rechtsordnung, daß die ſpäter eingetretene caſuelle Unmöglichkeit der Solution bei Contracten und Quaſicontracten des strictum ius den Debitor von ſeiner Verbindlichkeit nicht liberirt, wogegen die anfängliche Unmöglichkeit der Leiſtung allerdings Nullität der Obligation begründet, wie dies bekundet wird hinſichtlich des Damnationslegates von

Auct. ad Her. I, 15, 25: si quis ex testamento quod facere iussus sit, ex plebiscito vetetur, wozu vgl. Voigt, Bedeutungswechſel 9;

Ulp. XXIV, 9: liber homo aut res populi aut sacra aut

religiosa nec per damnationem legari potest, quoniam dari non potest; 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 8—10), 5 Disp. (D. XXX, 1, 75. § 2), 5 Quaest. (D. XXX, 1, 108. § 10);

Diocl. im C. Just. VI, 37, 14; J. Just. II, 20, 4.

Dann wiederum die Irrelevanz von dolus malus oder vis in ihrer Einwirkung auf die Willensbeſtimmung des Mitpaciſcenten, wie der Benutzung vom error in der Willensbeſtimmung des Letzteren ergiebt ſich ſchon als einfache Conſequenz aus dem im älteſten Rechte herrſchenden Principe des verbum (§ 13. 14. 52), dem entſprechend denn auch zu allen Zeiten der stricti iuris a. die Verwendbarkeit als a. de dolo oder quod metus causa verſagt blieb, das stricti iuris negotium dagegen regelmäßig unempfindlich gegen den error in der Willensbeſtimmung verbleibt.[1175])

In Bezug auf die reticentia aber verſieht die stricti iuris a. zu keiner Zeit die Function einer Erſatzklage wegen der dadurch verurſachten Schädigung, indem vielmehr noch in der Kaiſerzeit ausſchließlich der bon. fid. a. ſolche Aufgabe überwieſen wird. Denn dafern dem stricti iuris negotium, ſo der Stipulation, wie der Mancipation oder in iure cessio ein zur Anſage der Fehler verpflichtender bon. fid. contractus unterliegt, ſo bleibt nun die aus dem letzteren ſich ergebende Verbindlichkeit zur Erſatzleiſtung wegen des durch die reticentia verurſachten Schadens ſelbſt dann noch in Kraft und Wirkſamkeit, wenn jenes stricti iuris negotium eine Novation vermittelt, wie die Stipulation, oder doch mit eigener Klage bewehrt iſt, wie die lex mancipii, und gelangt ſo nun nicht durch die betreffende stricti iuris a., als vielmehr durch die bon. fid. a. oder reſp. durch die ädiliciſchen Klagen zur Geltendmachung.[1176])

Dann wiederum, was die Bereicherung vermittelſt eines pecuniär indifferenten Erwerbmodus mit vitiöſer causa anbetrifft,

---

1175) Durchaus ſinguläre Ausnahmen treten lediglich innerhalb der Sphäre des S. C. Macedon. und Vellaean. auf. Vgl. Voigt im Archiv f. civil. Prax. LIV, 200 fg.

1176) Dieſe Ordnung, wird bekundet bezüglich der Mancipation: constit. veterum bei Cic. de Off. III, 16, 65 fg. de Orat. I, 39, 178. Modest. 5 Resp. (D. XIX, 1, 39); wie bezüglich der Stipulation: Schilling, Inſt. § 293. s fg. vgl. Voigt, a. O. 204.

ſo entſpricht es der Structur des älteſten Rechtes, wonach die ſolennen Rechtsgeſchäfte in ihrer juriſtiſchen Exiſtenz und Wirkſamkeit völlig unabhängig geſtellt ſind von dem Vorhandenſein oder der Beſchaffenheit einer ihnen unterliegenden causa (A. 1181 fg.), daß zu keiner Zeit die stricti iuris a. gleich der bon. fid. a. die Function einer cond. ob causam übernahm.

Und endlich dann die richterliche Berückſichtigung der von dem Debitor auf die res debita aufgewendeten Impenſen oder des von demſelben mittelſt der res debita erworbenen lucrum erfordert in dem Legisactionenproceſſe eine beſondere bezügliche Ermächtigung, welche, durch die aequi et boni clausula dem Richter gewährt und das characteriſtiſche Merkmal des arbitrium bildend (§ 102), bei allen übrigen Klagen mangelte und ſomit dem iudex ſchlechthin verſagt war. Und ſolche Ordnung blieb auch noch in dem Formularproceſſe in Geltung, ebenſo was die Impenſen betrifft, obwohl hier unter gewiſſen Beſchränkungen (A. 1666), als auch bezüglich der omnis causa, wo ſolches bezüglich des Damnationslegates bekundet wird von

Paul. 3 ad Sab. (D. XXX, 1, 23): si quis bonorum partem legaverit, sine fructibus restituitur;

Gord. im C. Just. VI, 47, 4: in legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis sequuntur, sive in rem, sive in personam agatur;

vgl. Gai. 18 ad Ed. prov. (D. XXXV, 2, 73. § 4): quantum — — heres lucraturus est ex fructibus vel usuris;[1177] Paul. 2 Man. (D. XLVII, 2, 85).[1178]

1177) Dagegen Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1 f. § 83 unter C 1. § 84 unter II), Paul. sent. rec. III, 6, 46 und dergl. betreffen das Vindicationslegat. Sonſtiger Gewinn, den der Erbe bei Gelegenheit der eingetretenen Unmöglichkeit der Präſtation des Legates macht, kommt nach der obigen Theorie, wo der Schuldner unbedingt auf Solution verhaftet bleibt, gar nicht in Frage, iſt aber auch nach der ſpäteren Theorie nicht zu reſtituiren: A. 1659. Gleiche Rechtsordnung ward auch auf das Singularfideicommiß übertragen, ſo bezüglich fructus, partus ancillae und ſonſtigen Nutzungsgewinnes: Nerat. bei Paul. 14 Resp. (D. XXXII, 1, 14. § 1), Scaev. 22 Dig. (D. XXXII, 1, 41. § 10. XXXIII, 5, 21), Paul. 14 Resp. (D. XXXV, 2, 24. § 1, 2), Gordian. im C. Just. VI, 47, 4. — Dagegen auf die voluntas testatoris ſtützen ſich die Entſcheidungen von Pegas bei Pomp. 3 ad Qu. Muc. (D. XXXI, 1, 43. § 2); Scaev. 22 Dig.

Solche negative Haltung des strictum ius gegenüber den bezüglichen Positionen der aequitas steht nun aber, was die Klagen aus solennen Rechtsgeschäften insbesondere betrifft, in Harmonie mit der hier herrschenden verbi ratio (§ 32). Denn indem dieses Princip, das solenne Wort ebenso zur wesentlichen Form, wie zum rechtsverbindlichen Elemente des Rechtsactes erhebend, als rechtsverbindliche Geschäftsdisposition nur das in solennen Worten Verlautbarte anerkennt und insoweit daher solchem Worte ebenso die unbedingte, wie die alleinige verbindende Kraft beimißt, so daß einerseits die aus dem solennen Worte sich ergebende Verbindlichkeit durch Momente, für welche in der Wortfassung des Geschäftes nicht vorgesehen war, nicht modificirt oder aufgehoben wird, wie andrerseits die nicht in solennen Worten verlautbarten Momente Rechte oder Verbindlichkeiten nicht zu begründen vermögen; indem somit jenes Princip in positiver, wie negativer Richtung die Willensdisposition des solennen Actes beherrscht; so entspricht nun diesem Principe wiederum die Maxime, daß auch die lex publica einer Normirung der nicht in solennen Worten verlautbarten thatbeständlichen Momente sich enthielt. Und hieraus wiederum ergiebt sich nun für das solenne Rechtsgeschäft das anderweite Princip, daß der Gehalt der durch das Rechtsgeschäft begründeten Rechte und Pflichten durch die lex privata allein, nicht aber durch die lex publica bestimmt

---

(D. XXXIII, 1, 21. § 2), Pap. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 3. § 3), während wiederum bei Pomp. 1 Fideic. (D. XXXII, 1, 16) die Entscheidung daraus sich erklärt, daß die alluvio und insula in flumine nata als ein physisch nicht ablösbarer Bestandtheil des Hauptgrundstückes angesehen ist. — Vgl. Mommsen, Erörter. I, 36. A. 20. S. 40. A. 26. S. 41. A. 27. — Bezüglich des Universalfideicommiß war ein Rescript des Anton. Phil. ergangen: Gai. 2 Fideic. (D. XXXVI, 1, 63. § 5), Pap. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 3. pr.), vgl. 19 Quaest. (D. XXXVI, 1, 54), auf Grund dessen die obige Rechtsordnung nur bezüglich der fructus, nicht bezüglich anderer omnis causa galt; vgl. Mommsen, a. O. 38. A. 23. Marcell. 15. Dig. (D. XXXVI, 1, 44. § 1) sowie § 146. — Die Minderjährigen insbesondere erhalten durch Sept. Sev. bei Geldfideicommissen ein Zinsprivileg: Ulp. 5 Fideic. (D. XL, 5, 26. § 1), vgl. Mommsen, Beitr. III, 120 fg. — Endlich in der nächsten Periode greift hier die Uebertragung der mora solvendi modificirend ein: § 136 a. E.

1178) Vgl. dazu Mommsen, Beitr. I, 303. A. 30.

werde: der ſolenne Wortlaut allein des Rechtsgeſchäftes ergiebt die maaßgebende Norm für Beſtimmung und Bemeſſung von Inhalt, wie Umfang der Befugniſſe und Verbindlichkeiten, ohne daß das Geſetz des Staates hierein maaßgebend eingriffe, daher es denn Sache der Paciſcenten iſt, für diejenigen Vorkommniſſe und Verhältniſſe vorzuſehen, aus denen eine Vermögensſchädigung des Betreffenden zu befürchten ſtand, namentlich aber ebenſowohl für die mannichfachen Fälle einer Einwirkung von Zufall oder Verſchuldung, von Vorſatz oder Fahrläſſigkeit auf die geſchäftlichen Verhältniſſe durch bezügliche Vertragsbeſtimmungen Vorſorge zu tragen,[1179]) als auch bezüglich der res debita deren ſubſtantiellen Gehalt exact zu präciſiren, daher auch beſonders zu verlautbaren, dafern als res debita außer der res principalis auch noch eine Acceſſion derſelben zu leiſten iſt, welche nicht mechaniſch integrirender, vielmehr ohne äußere Verletzung von jener ablösbarer Beſtandtheil derſelben iſt.[1180]) Die Geltung an ſich aber ſolchen Principes in Bezug auf das ſolenne Rechtsgeſchäft iſt theils mit indicirt in den beiden, S. 51 allegirten XII Tafelgeſetzen: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto und: uti legassit, super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto, theils manifeſtirt ſich dieſelbe in folgenden, beſonderen Conſequenzen:

a. in der Unabhängigkeit der alten ſolennen Rechtsgeſchäfte von der Exiſtenz einer ihnen unterliegenden causa;[1181])

1179) Vgl. § 104. Eine Ausnahme hiervon ergiebt die mit der Mancipation ipso iure verknüpfte Haftung für Eviction; allein höchſt characteriſtiſcher Weiſe wird ſolche Verbindlichkeit nicht mit der Klage aus der lex mancipii, ſondern mit einer eigenen Klage: der a. auctoritatis geltend gemacht.

1180) Der Rechtsordnung, daß innerhalb des Vertragsrechtes die omnis causa, wie z. B. fructus separati nicht ipso iure vom Debitor zu leiſten iſt, ward beim dinglichen Rechte derogirt durch den Rechtsſatz, daß derjenige, der die Vindicien übernimmt, von da ab auch die omnis causa mit zu leiſten hat: § 96. Eine weitere Ausnahme ergiebt die geſetzliche Vorſchrift, daß die an der Pforte eines Hauſes aufgehängten Spolien eines triumphator untrennbare Pertinenz von jenem ſind: Becker, Gallus I A. 10.

1181) So der mancipatio: S. 317; Leiſt, Mancipation § 3, Voigt, Cond. ob caus. A. 481; der in iure cessio: Leiſt, a. O. § 8; und ebenſo auch der rei vindicatio: Voigt, a. O. A. 482. Gleichem Geſetze folgt auch die Stipu-

b. in der Unabhängigkeit der alten ſolennen, acceſſoriſchen Rechtsgeſchäfte von der Exiſtenz einer principalen Obligation; [1182])

c. in der Unabhängigkeit der alten ſolennen Rechtsgeſchäfte von der Qualität der ihnen unterligenden causa; [1183])

---

lation und Acceptilation: Heimbach, Creditum 288 fg., Savigny, Obl. Rt. § 78. Girtanner, Stipulat. 290 fg. Voigt, a. O. § 67. A. 481; wie die condictio: Voigt, a. O. A. 482. Den Gegenſatz bildet die traditio: A. 917.

1182) So des receptum argentarii: Justinian. im Cod. IV, 18, 2. pr.: secundum antiquam recepticiam actionem exigebatur (sc. ab argentario, qui debitum recepit) et si quid non fuerat debitum; der sponsio und fidepromissio: Gai. III, 119: illi (sc. sponsor et fidepromissor) quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit; at illud quaeritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur; und ſo zweifelsohne nun auch der vadimonii promissio. Den Gegenſatz bilden die acceſſoriſchen Rechtsgeſchäfte jüngeren Datums: die fideiusso, das constitum debiti, die hypotheca und pignoris datio: A. 1627 fg.

1183) Dieſe ergiebt ſich daraus, daß die bezüglichen Rechtsmittel: die cond. ob causam und die exc. doli jüngeren Datums ſind: § 120. Was die turpis causa insbeſondere betrifft, ſo unterliegt dieſelbe einfach den Nachtheilen, welche der Verletzung der bürgerlichen Sitte drohen: § 40. Dagegen bei iniusta causa treten die geſetzlichen Folgewirkungen allein der Rechtsverletzung ein: bei lex imperfecta, wie minus quam perfecta theils etwaige improbitas oder Infamie, wie z. B. bei der lex Valeria v. 454 nach Liv. X, 9, 5., theils eine exceptio wider die Klage auf Verwirklichung des geſetzwidrigen Thatbeſtandes, wie z. B. bei lex Cincia, Furia testamentaria, Voconia, Falcidia und bei S. C. Pegasianum, theils reſp. eine Geldſtrafe, wohingegen eine Nullitäts- oder Reſciſſionsklage wider den bereits verwirklichten geſetzwidrigen Thatbeſtand nicht ertheilt ward: Voigt, Cond. ob Caus. § 39. 67 unter 2, Danz, R. G. § 140 A. 5; bei lex perfecta, wie plus quam perfecta dagegen greift außer jenen Rechtsfolgen auch noch eine Nullitäts- oder Reſciſſionsklage zur Beſeitigung des bereits verwirklichten geſetzwidrigen Thatbeſtandes Platz. Ganz andere Anſichten trägt vor Karlowa, Civ. Pr. 348 fg., wonach rescindere bei Ulp. fr. § 1. 2 nicht die Reſciſſion des Rechtsgeſchäftes bezeichnen ſoll, während dies doch die regelmäßige Bedeutung des Ausdruckes iſt, vielmehr die Nullität allein bezeichnen ſoll, während hierfür doch ganz andere Ausdrücke techniſch ſind (A. 1224, Voigt, a. O. A. 487); und wonach wiederum die lex imperfecta gerade keine exceptio, wohl aber eine Reſciſſionsklage ertheilte, ſo daß demnach der angeblich Berechtigte die Realiſirung des rechtswidrigen Anſpruches durch die bezügliche Geſchäftsklage und eventuell durch a. iudicati

d. in der Unabhängigkeit der alten ſolennen Rechtsgeſchäfte von einem Vermögensintereſſe, welches der Promiſſar an der promittirten Leiſtung hatte,[1184]) welche im Beſonderen ſich ausprägte

e. in der Unabhängigkeit der stricti iuris actio des XII Tafel-

herbeiführen kann, ohne das Entgegentreten einer exc. befürchtenzu müſſen, und dann nun nach beſchehener Realiſirung jenes Anſpruches der Condemnirte eine Klage auf Reſciſſion der vollzogenen Solution hat. Es bleibt nur zu beklagen, daß Karlowa ebenſo jeden Nachweis der hiſtoriſchen Wirklichkeit ſolchen wunderlichen Rechtszuſtandes für entbehrlich erachtet, als auch bei ſeinen Deductionen den Begriff ſelbſt der lex imperfecta und perfecta gänzlich verliert: denn perfecta iſt von Born herein diejenige lex, welche ihre Uebertretung durch actio oder accusatio mittelſt sanctio legis ſichert, während der imperfecta lex ſolche sanctio fehlt: Zell, röm. Epigraphik II § 86 und dazu lex repet. im C. J. L. I no. 198 lin. 55: nisi de sanctione huius legis actio ne e[sto], ſowie Göttling, funfzehn röm. Urk. 22. Erxleben, Lehrb. I, 126 — ſomit im diametralſten Gegenſatze zu Karlowa's neuer Theorie. Nicht minder auffällig iſt das von demſelben ſeiner Hypotheſe unterbreitete Argument: weil S. Aelius die Legisactionen in eine neue Sammlung zu practiſchem Gebrauche zuſammenſtellte, ſo kann es damals keinen Formularproceß, folglich keine exc. leg. Cinciae gegeben haben; denn da kann man ja doch ebenſo gut folgern: weil Gai. die leg. a. sacramento in rem in practiſchem Gebrauche behandelte, kann es damals keine formula petitoria gegeben haben. Im Uebrigen ſteht jene Anſicht mit den Quellen ſelbſt in Widerſpruch: denn einerſeits iſt die lex Cincia de donis et muneribus von Born herein ſicher lex imperfecta, und andrerſeits iſt nicht minder ſicher, daß deren Verbot der Anwaltshonorare nicht durch jene lex, ſondern erſt durch Auguſt mit einer Klage bewehrt iſt: Dio Cass. LIV, 18. vgl. Zumpt, Crim. Pr. 94 f.

1184) Dieſer Satz hat ſich in der Jurisprudenz der Kaiſerzeit bei der Stipulation auf certa pecunia allein noch in Geltung erhalten: Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 3. § 1): non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil interest, nisi poena subjecta sit, nam poena subiecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus, cuius intersit; (D. XLV, 1, 38. § 17. Jnst. Just. III, 19, 19): poenam — quum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit, sed quae sit quantitas; Modest. 6 Reg. (D. IV, 8, 38); vgl. Mommſen, Beitr. II, 21. A. 13. Cohnfeldt, Intereſſe § 9. Bei den übrigen Rechtsgeſchäften iſt jener Satz aufgegeben worden: A. 1747. Allein auch in jener erſten Beziehung iſt der fragliche Satz von der Kaiſerzeit nicht neu eingeführt, als vielmehr im älteren Rechte vorgefunden und beibehalten worden, wo derſelbe von Alters her bei allen ſolennen Rechtsgeſchäften Geltung hatte.

rechtes von dem Umstande, ob die in der Nichterfüllung des betreffenden Rechtsgeschäftes belegene Rechtsverletzung eine Vermögensschädigung des Gläubigers involvire oder nicht. Denn dieser Grundsatz wird noch bekundet durch

Lab. bei Paul. 2 Quaest. (D. XIX, 1, 42): si duorum fundorum venditor separatim de modo cuiusque pronuntiaverit et ita utrumque uno pretio mancipio dederit (Trib.: tradiderit) et alteri aliquid desit, quamvis in altero exsuperet, forte si dixit unum C iugera, alterum CC habere, non proderit ei, quod in altero CCX inveniuntur, si in altero X desint;

wozu vgl. Jul. 7 Dig. (D. XIX, 1, 22);

indem in diesem Falle, wo der Verkäufer 100 iugera Weinland und 100 iugera Waldboden oder Wiese durch die lex mancipii zugesagt, in Wirklichkeit aber 110 iugera Weinland und 90 iugera Wald oder Wiese geleistet hat, Labeo dahin entscheidet, daß wegen nicht eingehaltener lex mancipii die diesfallsige Klage begründet sei, trotzdem daß der Gläubiger eine Vermögensschädigung gar nicht erlitten hat, da ihm an Stelle der fehlenden 10 iugera Wald oder Wiese ein Surplus von 10 iugera weit werthvolleren Weinlandes geleistet worden ist [1185]).

Gleichwie es daher die Sache eines Jeden war, dafür Sorge zu tragen, daß seine Rechtsacte in correcter: in der legalen, wie in der seiner Willensbestimmung adäquaten und congruenten Form verlautbart werden (A. 391), so nun auch ist es der geschäftlichen Vor- wie Umsicht des Interessenten: der diligentia patrisfamilias anheimgegeben, selbst durch die Redaction vom Wortlaute des Geschäftes: durch das eigene legem dicere (Beil. XXI A. 210) Vorsorge zu treffen wider ungerechtfertigte Schädigung durch den Mitinteressenten, sei dies bezüglich der mora solvendi oder der Solution an einem gegebenen Orte, sei es bezüglich des Zufalles oder aber der Verschuldung, wodurch eine Vereitelung oder Be-

---

1185) Paul. selbst giebt wider die Klage exc. doli, beifügend: rectius est in omnibus suprascriptis casibus lucrum cum damno compensari et si quid deest emtori sive pro modo sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri; vgl. A. 832, sowie Birkmeyer, Exceptionen 196 fg., der jedoch das Eingreifen des Mancipations-Rechtes übersieht.

einträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte herbeigeführt wird, ſei es bezüglich der reticentia, ſei es endlich bezüglich der causa des Rechtsgeſchäftes oder bezüglich der Impenſen oder omnis causa: es fallen, mit einem Worte, alle dieſe Momente der lex privata, nicht aber der lex publica anheim.

Und ſolcher Anforderung entſprechend verfuhr denn nun in der That auch der röm. Geſchäftsverkehr; denn ſo finden wir, wie durch die Dispoſitionen der Rechtsgeſchäfte ſelbſt Vorſorge getragen und ſomit Beſtimmung getroffen wird für den Fall der mora solvendi;[1186]) nicht minder wird vereinbart, daß der Zufall und welche beſondere Vorkommniſſe des Zufalles von der Haftung wegen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte entbinden[1187]) oder andrerſeits daß eine Haftung wegen Nichterfüllung des Vertrages nur dann eintreten ſolle, wenn dolos deſſen Erfüllung vereitelt worden iſt[1188]); ſo-

1186) Plaut. Curc. III, 90: cave in te sit mihi mora, wozu vgl. wegen mora noch Poen. III, 1, 6. IV, 2, 30. Lex oleae legundae und faciundae bei Cat. R. R. 144, 3. 145, 1 und dazu Beil. XXI A. 196. Lex vini in doliis vendundi bei demſ. 148, 1: quot dies per dominum mora fuerit, quominus vinum degustet, tolidem dies emptori procederet; vgl. Sent. Minuc. v. 637 in C. J. L. I no. 199 lin. 27: quod per Genuenses mora non fiat, quo setius eam pecuniam accipiant; lex. repetund, in C. J. L. I no. 198 lin. 69: quaestor moram (sc. pecuniae solvendae) nei facito.

1187) So Alf. 3 Dig. a. Paul. ep. (D. XIX, 2, 30. § 4): colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vim; beim Vertrage über Entrepriſe des Seetransportes von fiscaliſchen Lieferungen im J. 537 nach Liv. XXIII, 49, 2: ut quae in naves inposuissent, ab hostium tempestatisque vi publico periculo essent, wozu vgl. XXVI, 3, 10; dann auch im Militärſtellungs-Eide nach Cinc. 3 de Re mil. (Gell. XVI, 4, 4): concipiebatur iusiurandum, ut adessent his additis exceptionibus: „nisi harunce quae causa erit: funus familiare feriaeve denicales, quae non eius rei causa in eum diem conlatae sint, quo is eo die minus ibi esset, morbus sonticus auspiciumve, quod sine piaculo praeterire non liceat, sacrificiumve anniversarium, quod recte fieri non possit, nisi ipsus eo die ibi sit, vis hostesve, status condictusve dies cum hoste". Ebenſo zählen die XII Taf. II, 2 die einzelnen Vorkommniſſe des Zufalles auf, welche als Excuſationsgründe wegen Außenbleibens in iudicio gelten. Und ſolches Verfahren erklärt zugleich, daß der Zufall in abstracto im Civilrechte zurücktrat: A. 1149.

1188) So in der Fetialformel des foedus feriendum bei Liv. I, 24, 8: populus Romanus [Quir.], — si prior defexit (sc. foedere) publico consilio dolo malo.

dann wird auch wiederum durch beſondere Clauſeln der dolus malus (Argliſt) ausdrücklich bei dem Rechtsacte ausgeſchloſſen und damit zu juriſtiſcher Relevanz erhoben, wie nicht minder auch wegen der Fehlerfreiheit des Objectes der entgeltlichen Veräußerung oder wegen deſſen ſubſtantiellen Gehaltes beſondere Vertragsvereinbarung getroffen worden [1189]); und endlich wird auch wiederum wegen gewiſſer Gegenforderungen Compenſation vereinbart [1190]), oder auch die Erfüllung des Vertrages im Allgemeinen durch beſondere Clauſeln: wie bono modo, bene unter die Directive der boni mores (A. 1244) oder durch recte auf das boni viri arbitrium geſtellt (Beil. XIX § III unter d). Hat nun aber der betreffende Paciscant die Aufnahme ſolcher ſichernden Clauſeln in das Rechtsgeſchäft verabſäumt und ſomit, indem er wider die nachtheiligen Folgewirkungen ſei es des Zufalles, ſei es der durch den Mitintereſſenten verſchuldeten Schädigung nicht gehörig ſich wahrte, eine negligentia begangen, ſo treffen ihn nun auch, gleichwie bei ungenügender Wortconception deren Folgen (S. 258 fg.), ſo hier bei der ungenügenden Geſchäftsdispoſition die daraus für ihn ſich ergebenden Nachtheile, ohne daß das Geſetz hierbei irgend welche Veranlaſſung fände, zu Gunſten ſolcher geſchäftlichen negligentia aushelfend oder ſchützend einzugreifen, es ſei denn, daß die in der objectiv rechtswidrigen Verzögerung der Solution enthaltene Rechtsverletzung einen ſo flagranten Character an ſich trage, daß ein beſonderes legislatoriſches Repreſſionsverfahren: die poena temeritatis dadurch veranlaßt werde. Und wie daher den Zufall derjenige zu tragen hat, den er trifft [1191]), ſo iſt auch die-

---

1189) Beil. XIX § III unter B e und 1—4. — Freiheit von beſtimmten Fehlern vereinbart in den leges venditionis pecoris bei Varr. RR.: Beil. XIX A. 48. — Auf den ſubſtantiellen Gehalt beziehen ſich z. B. die Dispoſitionen über die ruta caesa: Varr. LL. IX, 60, 104. Cic. Top. 26, 100. Cic. Part. Or. 31, 107 u. a. m.

1190) Lex oleae legundae bei Cat. RR. 144, 2: reddet — aut [viri boni] arbitratu deducetur; § 3: resolvito aut viri boni arbitratu deducetur; quanti — locatum erit deducetur; in singulas deportationes sh. n. II deducentur; lex oleae faciundae bei Cat. RR. 145, 1: pro eo resolvito aut deducetur; § 2: in singulas sumpsiones sh. n. XL deducentur; § 3: quae eius pars erit, omne deducetur; viri boni arbitratu deducetur.

1191) Vgl. Ulp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 23): animalium casus mortes-

jenige vom Mitintereſſenten verſchuldete Schädigung hinzunehmen, welche unbeſchadet des Wortlautes des Rechtsgeſchäftes von Jenem dem Anderen zugefügt ward. Und wie hier, ſo tritt auch noch in manichfachen anderen Conſequenzen ſolcher leitende Geſichtspunkt in dem älteſten Rechte maaßgebend zu Tage, ſo namentlich in dem causa cadere, in den Folgen der minus petitio, der prozeſſualiſchen Conſumtion durch litis contestatio und den ſonſtigen Fällen des Rechtsverluſtes aus prozeſſualiſchen Gründen, wo, im Falle der Concourrenz eines error, die ſpätere Zeit, die in integrum restitutio gewährte [1192]); und dann wiederum in den Rechtsſätzen, daß durch in iure cessio hereditatis die Nachlaßforderungen erlöſchen, während die Nachlaßſchulden bei dem Cedenten verbleiben [1193]), oder daß die obligatio ipso iure erliſcht, wenn ſie in einem debitum peculiare an den Gewaltuntergebenen beſteht und dieſer ohne Conceſſion das peculium manumittirt oder emancipirt wird [1194]) oder endlich, daß bei den condictiones von Alters her die Solution zwiſchen Litisconteſtation und Urtheil juriſtiſch effectlos iſt (§ 138).

Und ſodann, während der vis durch vis zu begegnen Sache des Mannes iſt [1195]), ſo fällt es nun wiederum der geſchäftlichen diligentia anheim, wider dolus malus des Gegners oder wider den eigenen error durch genügende Orientirung ſich zu ſichern, oder den Aufwand ſolcher Impenſen zu vermeiden, deren Rückerſtattung nicht vorgeſehen iſt [1196]), oder endlich im Falle der mora solvendi ſofort Klage zu erheben und ſo nun bei der raſchen Erledigung der Prozeſſe in älteſter Zeit einen durch die Mora bedingten Verluſt durch zeitweilige Entziehung vom Beſitze des Klagobjectes auf das Maaß des Geringfügigen zu beſchränken.

---

que, quae sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.

1192) A. 1636. 1638. 1640.

1193) Gai. II, 35. 36. Ulp. fr. XIX, 14.

1194) Jul. 44 Dig. (D. XLI, 4, 7. § 2).

1195) Gai. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 2, 4. pr.), Florent. 1 Inst. (D. I, 1, 3), Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 1. § 27); vgl. Thl. I, 337.

1196) Denn: de se quaeri debet, qui sciens in rem alienam impendit: Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 38. pr.).

So daher bewahrt das älteſte strictum ius gegenüber dem Principe einer Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung inſoweit eine durchgehends negative Haltung und ſteht ſomit in dem in § 79 dargelegten, rein contradictoriſchen Gegenſatze zu den betreffenden Poſitionen der aequitas: es bieten im Beſonderen die XII Tafeln keine allgemeinen Normativbeſtimmungen für den Fall ſolcher ungerechtfertigten Vermögensſchädigung eines Intereſſenten in contractlichen oder quaſicontractlichen Rechtsverhältniſſen, geleitet hierin durch den Geſichtspunkt, daß es die Sache des diligens paterfamilias iſt, ſich durch Vorſicht, wie Umſicht gegen ſolche ungerechtfertigte Schädigung ſicher zu ſtellen, namentlich aber durch ſorgliche Dispoſitionen bei Abſchluß von Rechtsgeſchäften für derartige Schädigung vorzuſehen. Allein gleichzeitig tritt das XII Tafelrecht auch in einen conträren Gegenſatz zu der aequitas, indem es deren Sätzen gewiſſe Normen gegenüberſtellt, welche, ſelbſt zwar von durchaus verſchiedenen leitenden Geſichtspunkten ausgehend und beſtimmt, dennoch Parallelordnungen zur aequitas ergeben und an deren Stelle einzutreten berufen ſind. Und dies wiederum iſt der Fall in zwei verſchiedenen Punkten: theils bezüglich der dem mancipio dans ipso iure auferlegten Haftung für Eviction, theils bezüglich gewiſſer hierher behöriger Fälle der temeritas litigii.

Denn was zunächſt den erſteren Punkt betrifft, ſo verknüpfen die XII Tafeln die Verpflichtung zur Haftung für Eviction mit dem dinglichen Eigenthumsübertragungs-Geſchäfte: mit der Mancipation[1197]) und dies zwar in kategoriſcher Maaße, ſomit unabhängig von einer bezüglichen lex mancipii[1198]). Und indem ſo

1197) Nicht mit der in iure cessio: denn dieſe iſt von Vornherein gar nicht Rechtsgeſchäft: A. 36a.

1198) Beil. XXI § XIV unter 4. Namentlich aus Plaut. Pers. IV, 3, 55 fg. ergiebt ſich mit abſoluter Zweifelloſigkeit und Beſtimmtheit, daß die Evictionshaftung mit der Mancipation als unbedingte Folge verknüpft und nicht von einer bezüglichen lex mancipii abhängig iſt: denn dort wird die Mancipation überhaupt abgelehnt, weil die Evictionshaftung nicht übernommen werden ſoll (vgl. A. 1375); dies aber hätte gar keinen Sinn, wenn dieſe Haftung auf lex mancipii beruhte, da diesfalls nur die letztere, nicht aber die Mancipation im Allgemeinen abzulehnen war. Und ebenſo greift nach Varr. R.R. II, 10, 5 die stipulatio duplae vel simplae nur dann

das strictum ius jene Haftpflicht ganz correct an das dingliche Rechtsgeschäft mit seinem hunc ego hominem ex iur. Quir. tuum esse aio anknüpft, da ja die Eviction gar nicht in den obligatorischen Nexus zwischen Veräußerer und Erwerber, als vielmehr in das Rechtsverhältniß des Eigenthümers gegenüber seinem auctor eingreift, wogegen die aequitas inconsequenter Weise mit dem obligatorischen Vertrage jene Haftung verbindet, so ist nun diese letztere Ordnung auch zu keiner Zeit in die Sphäre des rigor übergeleitet worden, indem hier vielmehr jene älteste Ordnung in Bestand sich behauptete, der gemäß somit die Evictionshaftung ipso iure Platz greift und durch eine specielle Klage: die a. auctoritatis geltend gemacht wird, sodann von allen dinglichen Rechtsgeschäften mit der Mancipation allein sich verknüpft, hier aber endlich in thesi durchaus nicht auf die entgeltliche Veräußerung allein sich beschränkt, sondern auch bezüglich des nummus unus der unentgeltlichen Veräußerung Platz greift [1199]).

Dagegen eine poena temere litigantis von 100 % des Pro-

Platz, wenn keine Mancipation vollzogen wird, was wiederum nur so sich erklärt, daß letzteren Falles eine Vereinbarung solcher Haftung, weil ipso iure eintretend, überhaupt ausgeschlossen ist. Vgl. auch Cic. Top. 10, 45. p. Mur. 2, 3. Paul. sent. rec. II, 17, 1. 3. Krüger, krit. Vers. 55 fg. Schon die Verschiedenheit der a. auctoritatis wegen Eviction und der Klage auf Erfüllung der lex mancipii ergiebt jene Ordnung. Ungenügend begründeten Widerspruch erhebt Karlowa, r. Civ. Pr. 75. A 2. Vgl. auch Danz, R. G. § 123.

1199) Leist, Mancipation § 32 behauptet das Gegentheil, ohne dasselbe zu erweisen. Im Uebrigen ist allerdings zu unterscheiden zwischen der theoretischen Ordnung und der practischen Gestaltung der Verhältnisse: dort war der mancipio dans, der ein Werthobject für den nummus unus veräußerte, im Evictionsfalle verpflichtet, diese 21 Pfennige zurückzuzahlen, und es wird kein Gesetz genannt, welches diese normale Ordnung aufzuheben für werth erachtet hätte; hier dagegen fiel die Evictionsklage hinweg, weil die Rückzahlung solcher Bagatelle sei es nicht gefordert, sei es nicht verweigert wurde. So erklärt sich auch, daß man die mancipatio nummo uno da wählte, wo man die Haftung de auctoritate vermeiden wollte, da solches eben der practische Effect von jener war: vgl. Krüger, krit. Vers. 53 fg. Dafür daß in der Kaiserzeit etwa die Rechtswissenschaft jene Evictionshaftung bei mancipatio nummo uno auch in thesi negirte, scheinen die Belege zu fehlen, da die Stellen bei Schilling, Inst. § 361 ff. auf den Fall der Tradition, nicht aber der Mancipation ex causa donationis sich beziehen; immerhin aber ist dies möglich, obgleich nicht wahrscheinlich, da mit solchen Minutien die Theorie schwerlich sich abgab. Vgl. A. 1552.

zeßobjectes griff Platz wegen iniusta actio suscepta Seitens des Beklagten im Falle der a. auctoritatis (A. 860), sowie wegen iniusta infitiatio Seitens desſelben im Falle der Klage aus dem Nexum, aus lex mancipii und Damnationslegat auf certum (A. 868—870), ſowie wohl der a. depensi (A. 1167). Denn dieſe poena, indem ſie nicht gleich der poena iniusti sacramenti gleichmäßig beide Parteien, vielmehr lediglich den Beklagten allein bedroht, bekundet damit die Inhärenz eines reiperſecutoriſchen Elementes (§ 77), und zwar eines Schadenerſatzes von pönaler Qualification und mit pönaler Steigerung, der, wenn auch von vollſtändig anderem ſyſtematiſchen Geſichtspunkte beſtimmt, als innerhalb der aequitas, doch, wegen objectiv rechtswidriger Verzögerung der Solution Platz greifend, als Stellvertreter des rein reiperſecutoriſchen Schadenerſatzes der Letzteren wegen mora solvendi eintritt. Allein andererſeits ſind es wiederum nicht alle stricti iuris actiones des XII Tafelrechtes, bei denen ſolche poena temeritatis Platz greift, indem vielmehr nur die flagranteſten und für die Sicherheit des geſchäftlichen Lebensverkehrs bedrohlichſten Fälle in ſolcher Weiſe reprimirt werden, wohingegen darüber hinaus der rigor weder eine poena temeritatis, noch eine andere Rechtsordnung aufſtellt, welche, analog der aequitas, die stricti iuris actiones mit der Function von Schädenklagen bekleidete.

Dahingegen tritt wiederum in jenen poenae temeritatis die in § 77 dargelegte Tendenz und Methode des rigor deutlichſt zu Tage: das vermögensſchädigende Verhalten, inſoweit es überhaupt reprimirt iſt, wird nicht als einfache Widerrechtlichkeit, ſondern als Civilproceßdelict: als temeritas litigii behandelt und ſomit lediglich auf den objectiven Thatbeſtand der Verzögerung der Solution durch iniusta actio, wie infitiatio, nicht aber zugleich auf den ſubjectiven Thatbeſtand einer Verſchuldung die Repreſſion geſtützt; demgemäß wird ſodann mit dem reprimirten Thatbeſtande eine poena dupli verknüpft, welche das reiperſecutoriſche Element des Schadenerſatzes vollſtändig in ſich aufnimmt und abſorbirt; daher iſt fernerweit der wirklich erlittene Schaden des Klägers irrelevant für die dem Beklagten obliegende Leiſtung, die vielmehr ſchlechthin nach jenem abſtracten Maaßſtabe des duplum bemeſſen wird; und endlich liegt ſolchem duplum als Einheit zu Grunde nicht die utilitas des Verletzten, als vielmehr das pretium oder

quanti res est, ſei dies pretium mancipationis, wie bei der a. auctoritatis, ſei es pretium rei, wie bei den poenae iniustaei nfitiationis.

Endlich wiederum die der leg. a. per man. ini. angehörigen actiones iudicati, wie damnati aus confessio in iure unterfallen nicht minder den Geſetzen des rigor; und wie einerſeits das Executionsrecht der XII Tafeln jedes Eingreifen der aequitas hier ausſchließt, ſo tritt andrerſeits auch hier eine poena iniustae actionis wider den vindex ein, der der leg. a. per man. ini. ein ungerechtes iudicium contrarium entgegenſtellte (A. 865), auch hier daher mit einer duplio rei durch pönal qualificirten Schadenerſatz die objectiv rechtswidrige Verzögerung der Solution reprimirend.

§ 98.

Fortſetzung.

C. Die condictiones der leges Silia und Calpurnia.

Die Proceßform der leg. a. per condictionem iſt eine zwiefältige:[1200]) theils für die a. certae creditae pecuniae, für welche ſpäter die Rechtswiſſenſchaft auch die Bezeichnung certi condictio, ſowie, nach Proponirung eines Edictes über ſolche Klage, a. si certum petetur adoptirte, theils für die condictio triticaria, wofür eine Parallelbezeichnung niemals angenommen worden iſt. Und zwar ward die erſtere Proceßform durch die lex Silia von 311—329 eingeführt, während die letztere Legisaction durch die lex Calpurnia von 416—466 geſchaffen worden iſt. Dagegen iſt für die incerti cond. niemals eine eigene Legisaction gegeben geweſen, obgleich dieſelbe erweislich bis in die Zeit des Legisactionenproceſſes zurückreicht: denn für die a. legis Aquiliae, welche in den meiſten Fällen incerti iſt, wird die Qualität als cond. auf das Zweifelloſeſte bekundet, während wiederum die lex Aquilia älter iſt als die lex Aebutia. Vielmehr hat die lex Aquilia die von ihr conſtituirten Klagen, inſoweit dieſelben nicht certi cond. wider den Abſtipulator waren, der leg. a. der lex Calpurnia überwieſen, ſo daß vom legislatoriſchen Geſichtspunkte aus

1200) Vgl. zu dem Nachſtehenden Beil. XIX § I. II. VII.

die incerti cond. eine triticaria cond. war, deren Eigenthümlichkeiten zwar von der Wissenschaft zur Aufstellung eines eigenen genus actionis verwerthet, von der Legislation dagegen ebensowenig, wie später von dem prätor. Edicte[1201]) als Unterscheidungsmerkmal einer eigenen dritten Condictionengruppe anerkannt wurden.

Dahingegen die jenen beiden Legisactionen überwiesenen Klagen, insoweit solche dem gegenwärtigen Zeitraume angehören, sind, was die leg. a. legis Siliae betrifft, die Klage aus der Stipulation zunächst wohl nur über Gelddarlehen, welche durch die lex Silia selbst eingeführt und später auf andere Stipulationen über baar Geld extendirt[1202]) wurde, dann die Klage aus der Expensilation, welche durch die Interpretatio im J. 419—424 an jene angelehnt wurde, wie endlich die durch die lex Aquilia von 467 constituirte actio certae pecuniae wider den Abstipulator, der durch Acceptilation von certa pecunia ein damnum iniuria datum wider den Stipulator beging.[1203]) Dagegen der

---

1201) Vgl. wegen des honorar. Edictes Voigt, Cond. ob caus. § 43. Eine besondere Bestätigung bietet Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 1. pr.): qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur Si certum petetur; qui autem alias res, per triticariam condictionem petit. Et generaliter dicendum est eas res per hanc actionem peti, quae sint praeter pecuniam numeratam — —; quare fundum quoque per hanc actionem petimus — sive ius stipulatus quis sit, velut usumfructum; und dann wieder 22 ad Ed. (D. XLV. 1, 75. § 3): fundi certi si quis ususfructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxisse. Dagegen für die justinianische Legislation ist allerdings die Trichotomie maaßgebend, weßhalb consequenter Weise die erstere Stelle hätte interpolirt werden müssen.

1202) Wie sehr in ältester Zeit insbesondere die Wetten durchaus nicht auf Prozeß und iudex, als vielmehr nur auf Schiedsrichter zugespitzt waren, beweist der Vorgang zwischen dem Tribun Verginius und dem App. Claudius im J. 305 bei Liv. III, 56, 4. 57, 5., wo der Zweck der Wette ausschließlich darin besteht, daß Verginius den Appius als Gesetzesverletzer und seine eigenen tribunicischen Maaßnahmen wider denselben als gerechtfertigt darstellen will, an irgend welches Prozeßverfahren dagegen gar nicht gedacht ist: Schwegler, r. Gesch. III, 87. A. 2, ja gar nicht einmal gedacht sein kann, da beide Parteien von aller Jurisdiction eximirt waren: Keller, Civ. Pr. A. 526, demnach aber mit jener Wette ganz zweifellos nur ein moralischer, nicht ein juristischer Effect beabsichtigt war.

1203) Gai. III, 215 sagt: qui pecuniam in fraudem stipulatoris ac-

leg. a. legis Calpurniae unterfallen die Klage aus der Stipulation über Darlehen von Getreide,[1204]) welche von der lex Calpurnia ſelbſt geſchaffen wurde, wie die anderweiten actiones legis Aquiliae.

---

ceptam fecerit, wo unter fraus nicht etwa Betrug, ſondern Benachtheiligung zu verſtehen iſt; vgl. Voigt, Bedeutungswechſel 112 fg. Im Uebrigen vgl. A. 775.

1204) Daß aus der Stipulation über Verlöbniſſe das röm. Recht eine Klage und insbeſondere eine incerti cond. weder im Legisactionen-, noch im Formularprozeſſe kannte, iſt in Th. II A. 246. Beil. XIX A. 116 nachgewieſen, wozu ich hier noch Folgendes beifüge: Die Volksanſchauung der älteren Römer ſtellte das Verlöbniß der Ehe gleich als Thatbeſtand der Begründung der Affinität und damit zugleich eines ethiſchen Verhältniſſes zwiſchen den Betheiligten. Dementſprechend gehörten ebenſo die Verlobten gleich den Gatten zu den exceptae personae der leges Cincia und Furia testam. und reſp. lex Pompeia de paricidiis (A. 1824), wie auch das edict. perpet. infamia androht nicht nur demjenigen, welcher eine doppelte Ehe, ſondern auch wider den, welcher ein doppeltes Verlöbniß eingeht, reſp. als Gewalthaber bezüglich des Gewaltuntergebenen das zwiefache Verlöbniß vollzieht oder zur Eingehung der Ehe die Anordnung ertheilt: Dig. III, 2, 1. vgl. fr. 13. § 1. Und ebenſo unterfallen dieſe Handlungen dem regimen morum der Cenſoren: Becker, r. Alterth. II, 2, 222 fg. In früherer Zeit griff jedoch dieſes regimen morum auch wider die frivole Eheſcheidung ein, wie dies bekundet wird durch das Vorkommniß v. J. 447 bei Val. Max. II, 9, 2. wozu vgl. Voigt, lex Maenia A. 65. Daraus aber iſt zu entnehmen, ebenſo daß das regimen morum auch wider frivole Auflöſung des Verlöbniſſes eingriff, als auch daß das Edict der ausgehenden Republik (A. 1412) die frivole Auflöſung ebenſo der Ehe, wie des Verlöbniſſes mit Infamie bedroht hatte, dieſe Clauſeln jedoch zur Zeit des überhand nehmenden Sittenverfalles und ſo namentlich bereits zu Varros Zeit im J. 709 fg. wieder ausgeſchieden worden waren, eine Thatſache, die ebenſo durch die lex Jul. mun v. 709 lin. 110 fg. unterſtützt wird, als auch, was die Verlobten insbeſondere betrifft, der ſpäteren Tendenz des honorariſchen Edictes (A. 1852) entſpricht. Und dies nun iſt es, worauf hinweiſt Varr. L. L. VI. 7. 71: tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur d. h. in der früheren Zeit unterfiel die frivole Auflöſung des Verlöbniſſes ebenſo dem regimen morum der censores, wobei censorium iudicium ad aequum existimabatur: Jarcke censor. Strafr. 108, wie dem edictum über die Infamie, wobei praetorium ius ad legem (i. e. edictum) existimabatur. Und ſo iſt denn nun auch Plut. Cat. min. 7 (gegen Ende des 7. Jahrh.) von einer Denunciation bei den Cenſoren wegen frivoler Auflöſung des Verlöbniſſes zu verſtehen; vgl. Jarcke, a. O. 105 fg. Daß endlich Varro, a. O. nicht auf eine röm. Verlöbnißklage hindeutet, iſt mit abſoluter Sicherheit daraus zu entnehmen, daß, wenn Varro, der nur en passant mit dem Verlöbnißrechte

Was nun die Stellung jener beiden Legisactions-Arten gegenüber den hier maaßgebenden Principien betrifft, ſo iſt bezüglich des Principes der richterlichen Cognition das Verhältniß ein durchaus verſchiedenes, inſofern die leg. a. legis Calpurniae mit auf eine arbiträre (§ 103), die leg. a. legis Siliae dagegen lediglich auf eine gebundene richterliche Cognition geſtellt iſt. Denn indem bei letzterer Klage als deren characteriſtiſche Legisactions-Solennität die sponsio und restipulatio poenalis tertiae partis anzuerkennen iſt,[1205]) ſo haben wir nun nothwendiger Weiſe das Richterurtheil als eine reine Präjudicial-Entſcheidung aufzufaſſen, durch welche, parallel dem Urtheile der leg. a. sacram. über die Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit des sacramentum, der Richter in die summa sponsionis allein: in die tertia pars condemnirte,[1206]) woraus dann ohne Weiteres die materiellen Conſequenzen des Recht- oder Unrechthabens bei dem zu Grunde liegenden Rechtsſtreite ſich ergaben, wie andrerſeits auch wieder die Folgerung ſich ableitete, daß die Zahlung des urſprünglichen Debitum zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil den Beklagten nicht liberirte und deſſen Condemnation nicht abwendete, vielmehr jenes erſtere ſelbſt eine Novation erlitt (§ 138). Und wie daher hiermit dem Richter jede meritoriſche Entſcheidung bezüglich des der sponsio zu Grunde liegenden Rechtsverhältniſſes entzogen war, ſo prägt nun in ſolchem Urtheile in der gleichen Maaße,

---

ſich beſchäftigte, eine ſolche gekannt hätte, dieſelbe unfehlbar auch dem Serv. Sulpicius, als dem Zeitgenoſſen Varro's, und dem Nerat. bekannt geweſen wäre, die beide ex professo mit der Geſchichte der Verlöbniſſe ſich beſchäftigten, Beide aber von ſolcher Klage ſchlechterdings Nichts wiſſen.

1205) Vgl. Keller, Civ. Pr. A. 244, ſowie insbeſondere Cic. pr. Rosc. Com. 4, 10. 5, 14.: legitimae partis sponsio.

1206) Keller, a. O. 245. Dieſe Annahme wird auf das Beſte begründet dadurch, daß zunächſt jene präjudiziale Form des Urtheiles auf die summa sponsionis theils für die sponsio praeiudicialis des Formularprozeſſes ausdrücklich, theils für die sponsio poenalis dieſes Prozeſſes implicite bezeugt iſt durch Gai. IV, 93. 94., ebenſo wie ja auch bei der Wette, welche nicht Prozeßorgan iſt, der Entſcheid nur auf die Wettſumme ſich richtet; und daß ſodann die Abſolution des Beklagten nur in der Form einer condemnatio des Klägers in die tertia pars denkbar iſt. Unbegründeten Widerſpruch erhebt Karlowa, röm. Civ. Pr. 232 A. 1.

wie bei der leg. a. sacramento, das Princip gebundener richterlicher Cognition ſich aus.

Sodann in Bezug auf das Princip einer Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung bekunden die Contractsklagen der leg. a. legis Siliae, wie Calpurniae zunächſt eine Uebereinſtimmung mit den lites in personam des XII Tafelrechtes ebenſo in dem Syſteme an ſich des Proceßdelictes der temeritas litigii, als auch in der negirenden Haltung hinſichtlich der Verwendung der condictiones als Schäden- wie als Bereicherungsklagen in den Beziehungen, wo die aequitas den bon. fid. actiones ſolche Function überwies. Und zwar, was zunächſt den letzteren Punkt betrifft,[1207]) ſo iſt auf die condictiones zuvörderſt die Theorie von der mora solvendi erſt von Ausgang der Republik abwärts und ſelbſt dies nicht einmal in allen Beziehungen übertragen worden (§ 119. 137). Und damit ſtimmt überein, theils daß die certi condictio nicht auf Verzugszinſen ſich richtet:[1208])

Afr. 8 Quaest. (D. XIX, 5, 24): pecuniae — creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi; vgl. 3 Quaest. (D. XIII, 4, 8. a. E.);

Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 4. pr.), der bezüglich der Stipulation Ephesi X dari beſagt: quod si Ephesi petetur, ipsa sola summa petetur nec amplius quid, nisi si quid esset stipulatus;[1209])

1207) Vgl. im Allgemeinen Gai. III, 137: in his contractibus (qui consensu fiunt) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur.

1208) Ebenſo insbeſondere bei cond. ob caus. Paul. 16 Resp. (D. XXII, 1, 15): neque eorum fructuum, qui etc., usuras praestari oportere, neque eorum, qui prius percepti quasi malae fidei possessori condicuntur; Car. im C. Just. IV, 5, 1: usuras — eius summae praestari tibi frustra desideras; actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est; Diocl. daſ. IV, 7, 4: quoties accipientis, non etiam dantis turpis invenitur causa, licet haec secuta fuerit, datum condici tantum, non etiam usurae peti possunt; vgl. Paul. 5 ad Plaut. (D. XII, 5, 9. § 1) und Pomp. daſ. Vgl. § 137.

1209) Wegen des weiteren Zuſatzes: vel si temporis utilitas intervenerit

Sev. und Carac. im C. Just. IV, 32, 3: usurae foenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possunt;

vgl. Paul. 9 ad Ed. (D. III, 5, 7);

theils daß bei der cond. triticaria die mora solvendi nicht die Verpflichtung zur Präſtation der omnis causa begründet (§ 137):

Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 7): si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit;

theils endlich das Zeugniß der Quellen bezüglich der adpromissio insbeſondere:

Scaev. 4 Quaest. (D. XXXVIII, 1, 44): mora fideiussoris nulla est;

Marcian. 4 Reg. (D. XXII, 1, 32. § 5): si fideiussor solus moram facit, non tenetur.[1210])

Sodann wider die Vereitelung der Solution am legalen Leiſtungsorte griff erſt zu Ausgang der Republik das Edict de eo quod certo loco ein (§ 119), die Uebertragung der Rechtsordnung wegen Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae erfolgte erſt in der Kaiſerzeit (A. 1667), während wiederum zu keiner Zeit die condictio die Function übernahm einer a. de dolo oder quod met. c., entſprechend hierin den Geſetzen in § 13. 14. 52, oder einer Klage wegen reticentia (A. 1664) und ebenſo die derſelben zu Grunde liegenden Contracte regelmäßig unempfindlich blieben gegen den error in der Willensbeſtimmung (A. 1175).

Und nicht minder, was die Reſtitution der ungerechtfertigten Bereicherung betrifft, ſo haben die alten condictiones niemals, gleich der bon. fid. a., die Function der cond. ob caus. im Beſonderen übernommen, wie ebenſowenig den Erſatz der vom Debitor auf die res debita aufgewendeten Impenſen (A. 1665) oder die Reſtitution des von demſelben mittelſt ſolcher res

---

vgl. § 137. Dagegen iſt die causa der Stipulation mit in Betracht gezogen bei der übereinſtimmenden Entſcheidung von Modest 8 Diff. (D. XXXIX, 5, 22).

1210) Es ſteht der Fall in Frage, wo nach der mora solvendi des adpromissor das Schuldobject ohne culpa in faciendo des debitor unterging. Die ſpätere Zeit ſtatuirte diesfalls entweder a. utilis: Marcian. 4 Reg. cit. Paul. 37 ad Ed. (D. XLV, 1, 49. pr.) oder gab direct den obigen Rechtsſatz auf: Pomp. bei Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 4).

erworbenen lucrum (A. 1659) mit inbegriffen.[1211]) Und dies wird auch, was den letzteren Moment betrifft, bestätigt durch den obcitirten Paul. 6 ad Plaut., sowie durch

Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 3. § 1): si emtor vacuam possessionem tradi stipulatus sit et ex stipulatu agat (sc. incerti condictione), fructus non venient in eam actionem, quia et qui fundum [mancipio] dari stipularetur, vacuam quoque possessionem tradi oportere stipulari intelligitur; nec tamen fructuum praestatio ea stipulatione continetur neque rursus plus debet esse in stipulatione, sed ex emto superesse ad fructuum praestationem.[1212])

Endlich in Bezug auf die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte stimmen das XII Tafel- und das Condictionen-Recht insoweit überein, als res fungibilis geschuldet wird, insofern diesfalls dem Debitor die unbedingte Haftung für das Schuldobject auferlegt ist, eine Ordnung, welche auch für die mutui datio beibehalten ward nach Gai. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 4), Diocl. im C. Just. IV, 2, 11. J. Just. III, 14, 2.

Was dagegen den ersteren der obigen beiden Punkte betrifft, so manifestirt sich eine Uebereinstimmung mit der im XII Tafelrechte herrschenden Methode darin, daß dort, wie hier das vermögensschädigende Verhalten des Debitor: die objectiv rechtswidrige Verzögerung der Solution als temeritas litigii behandelt und somit ebenso unabhängig von dem subjectiven Thatbestande einer Verschuldung gestellt, wie auch sachlich als Incidentpunkt mit der Klage wegen des Hauptanspruches verknüpft ist, der Schadenersatz selbst aber mit der poena temeritatis zur einheitlichen Vermögensleistung verschmolzen wird, deren Betrag nicht nach der in concreto erlittenen Einbuße, als vielmehr nach einem abstracten Maaßstabe, sowie nach der Einheit des pretium rei im Gegensatze zur utilitas bemessen wird. Der objective That-

---

1211) Abweichend ist hierin die cond. ob caus.: A. 1669.

1212) Dagegen gehört nicht hierher Pap. 27 Quaest. (D. XXII, 1, 4. pr.) s. A. 1406. Im Uebrigen vgl. Mommsen, Beitr. I, 302 fg., Erörter. I, 114.

beſtand ſelbſt aber, welcher die temeritas litigii ergiebt, iſt bei der condictio der lex Silia die iniusta sponsio und restipulatio poenalis, bei der condictio der lex Calpurnia dagegen die iniusta litiscontestatio (§ 78 unter 1 b. 5).

Allein andrerſeits treten neben jener zwiefältigen Uebereinſtimmung auch wiederum in beiderlei Beziehung durchaus weſentliche Verſchiedenheiten zwiſchen dem Condictionen- und dem XII Tafelrechte zu Tage. Und zwar, was zunächſt das Princip der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung betrifft, ſo tritt zunächſt der im Tafelrechte maaßgebenden Rechtsordnung einer unbedingten Haftung des Schuldners für Solution bei totaler oder partieller Unmöglichkeit derſelben (§ 97) im Condictionenrechte der diametral entgegenſtehende Rechtsſatz gegenüber, daß der Debitor von nicht fungibeler Sache lediglich inſoweit verhaftet iſt, als durch ſeine eigene culpa in faciendo (active Verſchuldung), nicht aber inſoweit, als durch Zufall oder durch ſeine culpa in non faciendo (paſſive Verſchuldung) oder durch ſeinen rechtmäßigen Vorſatz die Unmöglichkeit der vertragsmäßigen Solution herbeigeführt worden iſt. Demgemäß haftet daher zunächſt gegenüber der cond. tritic. der Promiſſor wegen Untergang oder Deterioration der nicht fungibeln res debita bis zur Solution für culpa in faciendo, ſomit für die dolos oder culpos herbeigeführte Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, inſoweit ſolche durch deſſen actives Verhalten: durch facere im Gegenſatze zum non facere: dem omittere, wie pati herbeigeführt worden iſt: [1213])

Jul. 52 Dig. (D. XLVI, 3, 33. § 1): qui Stichum aut Pamphilum dari promisit, si Stichum vulneraverit, non magis eum dando liberatur, quam si solum Stichum promisisset et a se vulneratum daret. Item qui hominem dari promisit et vulneratum a se offert, non liberatur;

Pomp. 9 ad Sab. (D. XLV, 1, 23): si — ex stipulatu hominem

1213) Dieſe Ordnung erleidet weſentliche Modificationen bei der cond. ob caus.: A. 1669 fg. Wegen der iurata promissio operarum vgl. A. 1065. Ganz gut bemerkt Götz, de cond. doctr. I, 40: diligentiae verbum nusquam in — condictionibus adhibitum inveni: es bleibt eben die Differenz von Dolus oder Culpa ganz irrelevant.

certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares; quod ita fit, si — occidisti eum;

Pap. 2 Def. (D. XLVI, 2, 28);

Ulp. 28 ad Ed. (D. XLVI, 3, 27): circa stipulationem —, si res tradita fuerit, quae debebatur, quamdiu aliquid iuri rei deest, adhuc tamen ipsa res petenda est; utputa possum fundum petere, licet mihi traditus sit, si ius quoddam cautionis supererit;

Paul. sent. rec. V, 7, 4: cum facto promissoris res in stipulatum deducta intercidit, perinde agi ex stipulatu potest ac si ea res exstaret. Ideo promissor aestimatione eius punitur; vgl. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. pr. § 1).

Dagegen haftet der Debitor nicht und wird vielmehr von ſeiner Obligation ipso iure liberirt, dafern die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte herbeigeführt worden iſt durch Zufall, mag nun derſelbe reines Naturereigniß oder nicht vertretbare Kraftäußerung eines Dritten [1214]) oder eines Thieres oder auch die unberechenbare Folge der Thätigkeit des Debitor ſelbſt ſein: [1215])

Sabin. bei Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 7): morte (sc. servi promissi) promissor liberetur; bei Jav. 2 Ep. (D. XLV, 1, 105);

Ped. bei Paul. cit. (D. cit. § 5): si stipulatus fuero ex fundo C amphoras vini, exspectare debeam, donec nascatur et, si natum sine culpa promissoris consumtum sit, rursum exspectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit;

1214) Vgl. hierzu Mommſen, Beitr. I, 302.

1215) Dieſe Liberation iſt irreparabel: die Obligation wird durch die ſpätere Möglichkeit der Solution nicht redintegrirt: Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 5), 15 Quaest. (D. XLVI, 3, 98. § 8), ein Satz, der durchaus conform iſt mit dem in A. 56 dargelegten. — Nicht minder macht die anfängliche Unmöglichkeit der promittirten Leiſtung die Stipulation inutilis d. h. ebenſo wie den Contract des XII. Tafelrechtes (§ 97) nichtig und liberirt den Debitor ipso iure: Mommſen, Beitr. I, 113 flg.

Pomp. 2 Ench. (D. XLVI, 3, 107): verborum obligatio — naturaliter resolvitur — — veluti solutione aut quum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit; 25 ad Sab. (D. XLV, 1, 33), 9 Epist. (D. XLVI, 3, 92. pr.);

Pap. 28 Quaest. (D. XLVI, 3, 95. pr. § 1), 2 Def. (D. XLVI, 2, 28);

Ulp. 51 ad Ed. (D. XLV, 1, 51): is qui alienum servum promisit, producto eo ad libertatem, ex stipulatu actione non tenetur; sufficit enim, si dolo culpave careat; 47 ad Sab. (D. XLVI, 1, 8. § 8);

Paul. 5 ad Plaut. (D. XLIV, 7, 45): is, qui ex stipulatu Stichum debeat, si eum — manumiserit et is, priusquam super eo promissor convenietur, decesserit, non tenetur; non enim per eum stetisse videtur, quominus eum praestaret; 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 1): si homo, qui fuit promissoris, ex praecedente causa ablatus ei fuerit, quod statuliber fuit, perinde habendus est, ac si alienum promisisset, quia sine facto ipsius desiit eius esse; 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 5); 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 5): cum quis rem profanam aut Stichum dare promisit, liberatur, si sine facto eius res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit, nec revocatur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit et Stichus ex libero servus effectus sit; 15. 16 Quaest. (D. XLVI, 3, 98. § 8. XVIII, 4, 21); vgl. 18 ad Ed. (D. XII, 2, 30. § 1);

Inst. Just. III, 19, 2;

ſowie in Bezug auf den beſonderen Fall, wo der Bürge die res debita vernichtete:

Nerat. und Jul. bei Pap. 3 Quaest. (D. IV, 3, 19): si fideiussor promissum animal — occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Nerat. Priscus et Jul. responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur;

ingleichen Afric. 7 Quaest. (D. XLVI, 3, 38. § 4), Pap. 28 Quaest. (D. XLVI, 3, 95. § 1), Paul. 6 ad Plaut. (D.

XLV, 1, 88), 37 ad Ed. (D. XLV, 1, 49. pr.), Marcian. 4 Reg. (D. XXII, 1, 32. § 5).[1216])

Nicht minder fällt die Haftung des Debitor hinweg, dafern die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution herbeigeführt wird durch culpa in non faciendo:

Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. pr.): si servum stipulatus fuero, — — si quidem occidat eum promissor, expeditum est; sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor? considerantibus utrum — — culpae huius nomine tenetur, — — quum dari promisit, an culpa — — in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? Quod magis probandum est, quia, qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur;

oder durch ein rechtmäßig vorsätzliches Handeln:

Marc. 12 Dig. (D. XLV, 1, 96): qui servum mihi ex stipulatu debebat, si in facinore eum deprehenderit, impune eum occidet nec utilis actio erit in eum constituenda;

Pomp. 9 Epist. (D. XLVI, 3, 92. § 1): si quis servum, quem dari promisit, heres a domino scriptus statuliberum dederit, liberatur.

Und ebensowenig ist der Debitor nach vollzogener Solution mit der triticaria condictio verhaftet wegen der durch seine culpa in faciendo herbeigeführten Vernichtung oder Deterioration der prästirten res, wie zu erkennen ist aus

Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 3): qui servum mihi debebat vel ex venditione vel ex stipulatu, venenum ei dedit et sic eum tradidit, vel fundum et, dum mancipio dedit (Trib.: tradidit), imposuit ei servitutem vel aedificia diruit, arbores excidit vel exstirpavit. Ait Labeo: sive cavit de dolo sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam si cavit, dubium est an competat ei ex stipulatu actio. Sed est verius, si quidem de dolo

---

1216) Nerat. und Jul. geben diesfalls a. de dolo, Afric. und die Späteren honorarische restitutoria triticaria condictio: A. 1636. Dagegen bezeichnet utilis nicht die restitutorische, als vielmehr die anwendbare Klage bei dem unten citirten Marc. 12 Dig. (D. XLV, 1, 96), was Keller, Civ. Pr. A. 933 übersieht.

cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio; si non est cautum, in ex emto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex emto; in ex stipulatu vero de dolo actio necessaria est, wozu vgl. Beil. XIX A. 67.

Nicht minder ward aber auch jene Rechtsordnung innerhalb der Sphäre der certi condictio zur Anwendung gebracht bei den irregulären Vorkommniſſen, wo eine res non fungibilis Object des bezüglichen Vertrages war:

Paul. 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 37): si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim et hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur.

Und ſodann zweitens der Rechtsordnung des XII Tafelrechtes bezüglich der mora accipiendi (bei A. 1172) tritt innerhalb der Sphäre der condictio der Rechtsſatz gegenüber, daß ſolche Mora den Debitor liberirt, ſomit die Obligation ipso iure aufhebt und gleich wie ein ſolenner Remiß wirkt:

Ulp. 24 ad Sab. (D. XLVI, 3, 9. § 1): qui hominem (sc. Stichum) debet, partem Stichi dando nihilominus hominem debere non desinit: denique homo adhuc ab eo peti potest; sed si debitor reliquam partem Stichi solverit vel per actorem steterit, quominus accipiat, liberatur.[1217])

1217) Mommſen, Beitr. III, 286 A. 2. 299 A. 6 deutet dieſe Stelle von einem Falle, wo das offerirte Object nach Eintritt der Mora untergegangen iſt; allein den durchaus deutlichen und beſtimmten Ausſpruch: debitor, si per actorem steterit, quominus accipiat, liberatur, in jener Weiſe hinſichtlich des Thatbeſtandes zu beſchränken, das iſt denn doch nicht mehr Interpretation, ſondern Sinnvertauſchung. — Dagegen gehören nicht hierher Pomp. 32 ad Sab. (D. L, 17, 39): ſ. A. 884; noch auch Ulp. 51 ad Ed. (D. XLVI, 3, 30), wo das Verhalten des Klägers in iure in ſeinen proceſſualiſchen Conſequenzen erörtert wird; noch endlich Paul. 24 ad Ed. (D. XLV, 1, 73. § 2): Stichi promissor post moram offerendo purgat moram; certe enim doli mali exceptio nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit, wo Mommſen's Supplirung des ſpäteren Todes des Stichus die Schwierigkeiten nicht hebt: denn einestheils beſteht ein Widerſpruch zwiſchen dem obigen „liberatur" und dem „doli mali exc. nocet" des Paul., und anderntheils iſt die Faſſung dieſer Stelle an ſich bedenklich. Denn in dem Nachſatze: doli mali exc. nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit

Was dagegen die temeritas litigii betrifft, ſo treten zunächſt in dem Rechte der lex Calpurnia, ſomit bei der cond. triticaria höchſt weſentliche Abweichungen von der Methode der XII Tafeln zu Tage. Denn während die XII Tafeln die poenae temere litigantium an die Thatbeſtände der iniusta legis actio oder actio oder infitiatio oder vindiciae latio anknüpfen, ſo knüpft die lex Calpurnia ſolche Strafe an die iniusta litis contestatio (§ 78); und demzufolge verbinden ſich mit der Lit. Cont. nicht allein deren allgemeine Folgewirkungen (§ 138), ſondern auch beſondere und eigenthümliche Effecte, in denen nun jene poena für den im Proceſſe unterliegenden Beklagten enthalten iſt. Und zwar während in dem XII Tafelrechte hinſichtlich der Lit. Cont. der Geſichtspunkt maaßgebend iſt, daß durch dieſelbe ein Umſatz der actio in eine legisactio: eine Conſumtion des dinglichen (A. 1692), wie des perſönlichen Rechts- und Klaganſpruches durch einen Proceßanſpruch ſich vollzieht, ſo gelangt innerhalb des Condictionenrechtes der ganz verſchiedene ſyſtematiſche Geſichtspunkt

---

entwickelt Paul. die Conſequenzen der purgatio morae solvendi, wie ſolche im Falle der nachfolgenden mora accipiendi ſich geſtalten, entweder an dem vorher erörterten concreten Falle: dann bezeichnet pecunia oblata den Stichus oblatus, und ſolche Bezeichnung des Stichus durch pecunia, wenn auch angemeſſen bis zu Ausgang der Republik, iſt unmöglich bei Paul.: oder in abstracto und abgeſehen von dem vorher betrachteten concreten Falle: und dann wieder iſt ebenſo die ſpecialſirende Beſchränkung des Schuldobjectes auf baar Geld unerklärlich, wie die Entſcheidung fehlerhaft allgemein, da bei bon. fid. a. die mora ipso iure wirkt (§ 86); oder endlich an einem zweiten concreten Beiſpiele, zu deſſen Betrachtung Paul. von dem erſten concreten Falle aus überging: und dann nun iſt die Stelle durch Auslaſſung interpolirt. Und dieſe Annahme iſt meines Erachtens die einzig ſtatthafte und führt denn nun zu folgender Erklärung der Stelle: von der Betrachtung der purgatio morae solvendi bezüglich des ex stipulatu geſchuldeten Stichus ging Paul. über zur Betrachtung der purgatio morae bezüglich der aus dem Dammationslegate geſchuldeten Geldſummen mit Hinblick auf den nachfolgenden Verluſt des Geldes Seitens des Debitor, daran als Conſequenz die Nutzanwendung knüpfend: doli mali exc. nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit. Dann nun ſtand dieſe Stelle in Uebereinſtimmung mit dem bezüglich des Dammationslegates gültigen Rechte: bei A. 1172. — Endlich eine nur negative Entſcheidung bietet Afr. 8 Quaest. (D. XVII 1, 37). — Wegen des Verhaltens der Quellen im Allgemeinen bezüglich der mora accipiendi bei Stipulation über anderes Object als baar Geld ſ. A. 1688.

der Novation zur Geltung: es ſetzt ſich nicht einfach die actio in eine leg. actio, als vielmehr auch die bisherige obligatio in eine neue obligatio um (§ 138). Darin aber liegt als einfache Conſequenz, daß, während jene Ordnung des XII Tafelrechtes zwar von der Lit. Cont. ab bis zum Urtheile die Erfüllung des Klaganſpruches Seitens des Beklagten ausſchloß, dieſelbe doch nach dem Judicate die Naturalleiſtung des Letzteren nicht nur nicht behinderte, ſondern ſogar als das Ordnungsmäßige vorausſetzte,[1218]) ganz im Gegentheile bei der leg. a. legis Calpurniae durch die Lit. Cont. die Solution des urſprünglichen Debitum Seitens des Beklagten an den Kläger definitiv und unbedingt ausgeſchloſſen ward, indem ebenſo der Klaganſpruch in eine neue Obligation aus der Lit. Cont. und ſpäter wieder aus dem Judicate, als auch deren Object ſelbſt ſich umwandelt: die ligitigiöſe certa res oder das incertum ſetzt ſich um in incerta pecunia: das quanti ea res erit, und weiterhin das Letztere wieder in die certa pecunia iudicata.[1219]) Und zwar erfährt ſolcher Vorgang, wenn immer auch derſelbe bereits in der Legisaction einen entſprechenden Ausdruck gewann (§ 103), doch ſeine deutlichſte Ausprägung in dem Formularproceſſe, wo die formula bei cond. trit. auf certa res dahin ſich concipirt:

Si parret Numerium Neg. Aulo Ag. pateram auream oder dergleichen dare oportere, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato, etc.: § 71 unter B I a bb und Beil. XIX § I unter 2;

ſowie bei der incerti cond.[1220]) legis Aquiliae:

1218) A. 1690; Naturalleiſtung z. B. bei rei vindicatio: A. 1151, bei leg. a. sacr. in person.: A. 1173, bei Noxalklage: Gai. IV, 75.

1219) S. § 103. So z. B. Tubero in Ulp. 20 ad Ed. (D. XLV, 1, 72. pr.): ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere; Cels. 6. Dig. (D. XLII. 1, 13. § 1): si quis promiserit prohibere se, ne quid damni stipulator patiatur, — si — non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur; u. a. m.

1220) Für die incerti cond. iſt eine vierfache Formel gegeben: für a. legis Aquiliae, für incerti cond. aus der principalen Stipulation, ſodann aus der adpromiſſoriſchen sponsio oder fideiussio, wie endlich für ſonſtige incerti cond.; allein die letzteren drei Formeln haben übereinstimmend

Quidquid parret ob eam rem Numerium Neg. Aulo Ag. dare facere oportere, quanti in eo anno plurimi (aus cap. I) oder quanti in diebus XXX proximis (aus cap. III) ea res fuerit, tantae pecuniae duplum (bei infitiatio) oder tantam pecuniam (bei confessio), iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato, etc.: Beil. XIX bei A. 37 und dazu oben A. 773—775;

und wiederum bei der incerti cond. aus ſonſtiger causa auf:

Quidquid parret ob eam rem Numerium Neg. Aulo Ag. dare facere oportere, eius, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato, etc.: Beil. XIX § I unter 3 und A. 13.

Und indem nun mit jenem Effecte der Lit. Cont.: mit jenem unbedingten, wie definitiven Anſatze des urſprünglichen Debitum in eine Geldſchuld ohne Weiteres die Folge ſich verknüpft, daß ebenſo die caſuelle, wie die durch culpa in non faciendo des Beklagten herbeigeführte Vernichtung oder Deterioration des urſprünglichen Schuldobjectes von der Lit. Cont. ab den liberatoriſchen Effect für den Beklagten verliert, ſo iſt nun in dieſer Folgewirkung die an die Lit. Cont. der cond. tritic. geknüpfte eigenthümliche poena temeritatis enthalten.

Im Beſonderen aber ergeben ſich aus jener Novation namentlich die beiden Conſequenzen, daß zunächſt

1. indem das quanti ea res erit in den obligatoriſchen Nexus hineintritt, ſolches neue Object bleibend und endgültig an die Werth- und Schätzungs-Verhältniſſe gebunden wird, welche zum Zeitpunkte, wie am Orte der Entſtehung der neuen Obligation, ſomit im Momente der Lit. Cont. bezüglich der alten Obligation gegeben waren, ſomit alſo das pretium, welches dem alten Debitum zum letzteren Zeitpunkte zukommt, maaßgebend iſt für das ſpätere Richterurtheil und die judicielle Aeſtimation.[1221]) Und zwar gewinnt dieſe Conſequenz die beſonderen Anwendungen, daß

ſtimmende intentio und condemnatio und unterſcheiden ſich nur durch nothwendige oder nicht nothwendige Beifügung einer praescriptio, wie reip durch deren Conception: Beil. XIX § I unter 3 u. A. 13.

1221) Abweichungen pönaler Tendenz greifen Platz bezüglich der Condictionen aus delictiſcher causa: bei a. leg Aquiliae, wie cond. furtiva und a. rer. amot.: A. 1671.

a. dafern zum Zeitpunkte der Lit. Cont. die alte res debita noch exiſtirt oder das bisher geſchuldete facere noch möglich iſt, die thatbeſtändlichen Verhältniſſe, welche für ſolches alte Debitum am Tage, wie am Orte der Lit. Cont. ſich ergaben, für die ſpätere richterliche Aeſtimation maaßgebend und dieſer zu Grunde zu legen ſind: [1222])

Afric. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 37): in stipulatione — id tempus spectatur, quo agitur;

Pap. 2 Def. (D. XLVI, 2, 28): fundum Cornelianum stipulatus (sc. sum); — meliore vel deteriore facto sine culpa debitoris postea fundo, praesens aestimatio (A. 791) fundo petito recte consideretur;

Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 2): in stricti iuris (sc. actionibus) litis contestatae tempus (sc. de eo quanti res sit) spectetur;

b. dafern jedoch vor der Lit. Cont. durch culpa in faciendo des Debitor die frühere res debita verſchlechtert oder vernichtet oder das früher geſchuldete facere unmöglich gemacht worden war, ſind die thatbeſtändlichen Verhältniſſe, welche für ſolches alte Debitum zum Zeitpunkte ſolcher Verkürzung der Solution, ſowie wohl am Solutionsorte obwalteten, für die ſpätere richterliche Aeſtimation maaßgebend und derſelben zu Grunde zu legen (§ 72 unter B 2 b):

Serv. und Cels. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3): in hac actione (sc. condictione triticaria) si quaeratur, res, quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, — — si — desierit esse in rebus humanis, mortis tempus; sed ἐν πλάτει secundum Celsum erit spectandum: non enim debet novissimum vitae tempus aestimari, ne ad exiguum pretium aestimatio redigatur in servo forte mortifere vulnerato;

Cels. 5 Dig. (D. XLII, 1, 11): si kalendis fieri aliquid stipulatus sum, nempe quandocunque post kalendas accepto iudicio, tanti tamen aestimanda lis est, quanti inter-

1222) Vgl. § 72 unter 1c; Keller, Lit. Cont. 195 A. 3. Buchka, Einfluß d. Proceſſes I, 184 fg. Gans, Oblig. Rt. 58 fg. 91 fg. Wegen des abweichenden Ausſpruches von Serv. bei Ulp. 27 ad Ed (D. XIII, 3, 3): condemnationis tempus spectandum ſ. § 119.

fuit mea (ſ. § 142 unter III a) kalendis id fieri; ex eo enim tempore quidquid aestimatur, quo novissime solvi poterit.

2. Sodann wiederum, indem das urſprüngliche Debitum aus dem obligatoriſchen Nexus vollſtändig heraustritt, ſo bedingt dies, daß jenes frühere Schuldobject alle Bezüglichkeit zu der neu begründeten Obligation vollſtändig verliert. Und dieſe Conſequenz gewinnt wieder die beſonderen Anwendungen, daß

a. die Solution des früheren Schuldobjectes Seitens des Debitor juriſtiſch effectlos iſt und weder von der beſtehenden Litisconteſtations-Obligation liberirt, noch demgemäß die judiciale Condemnation abwendet:

Gai. III, 180: tollitur — obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum: nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; — — et hoc est quod apud veteres scriptum est: — — post litem contestatam condemnari oportere;

Paul. 74 ad Ed. (E. XLV, 1, 84): si insulam fieri stipulatus sim et transierit tempus, quo potueris facere, quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari placet; quodsi iam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si aedifices;

b. ſowie daß wiederum der Creditor von allen öconomiſchen Vorgängen, welche das urſprüngliche Schuldobject betreffen, fortan juriſtiſch ganz unberührt bleibt, namentlich aber die ohne culpa in faciendo des Debitor eintretende Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte eine Liberation des Beklagten nicht mehr herbeiführt:

Pomp. 22 ad Sab. (D. XLVI, 3, 12. § 3): quod ex stipulatu — dari oporteat, post iudicium acceptum cum detrimento rei periret;

Ulp. 27 ad Ed. (D. XLII, 2, 5): qui Stichum debere se confessus est, sive — — sive post litis contestationem decesserit, condemnandus est;

Paul. 5 ad Plaut. (D. XLII, 1, 8): si homo ex stipulatu petitus post litem contestatam decesserit, absolutionem non faciendam; vgl. 5 ebendaſelbſt (D. XLIV, 7, 45): is.

qui ex stipulatu Stichum debeat, si eum — manumiserit et is, priusquam super eo promissor conveniretur, decesserit, non tenetur.

In dieſer Rechtsordnung aber der lex Calpurnia bezüglich der Lit. Cont. prägt ſich nun zwar, wie obbemerkt, einerſeits die Methode des XII Tafelrechtes in Behandlung der temeritas litigii inſoweit aus, als zunächſt die ungerechte Litisconteſtation nicht, wie die von der aequitas reprimirten ſchädigenden Widerrechtlichkeiten, auf den ſubjectiven Thatbeſtand einer Verſchuldung, als vielmehr lediglich auf den rein objectiven Thatbeſtand der Vollziehung der Lit. Cont. in einer ungerechten Streitſache geſtellt iſt; nicht minder ſodann inſofern, als mit ſolchem Thatbeſtande als poena temeritas die unbedingte Haftung des Beklagten für das quanti ea res erit verknüpft wird, hierin aber wieder ein reiperſecutoriſches und ein pönales Element zur integrirenden Einheit verſchmolzen werden, inſofern das quanti ea res erit nicht einfach reiperſecutoriſcher Natur iſt, ſondern auch ſein Eintreten an ſich an Stelle der urſprünglichen res debita ein pönales Moment enthält, indem damit auf den Beklagten die Haftung für die ohne deſſen culpa in faciendo herbeigeführte Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution übertragen, dem Kläger dagegen abgenommen wird; ingleichen endlich darin, daß die Verpflichtung zur Präſtation jenes quanti ea res erit ohne Weiteres an die ungerechte Lit. Cont. angeknüpft iſt, unberückſichtigt, auf wie hoch der vom Kläger etwa erlittene Schaden ſich beziffert, ſomit alſo für den Schadenerſatz nicht ein concreter Maaßſtab der Summenbeſtimmung und wiederum als die Einheit des gegebenen relativen Maaßſtabes das pretium rei geſetzt iſt.

Allein andrerſeits tritt in jener Rechtsordnung doch auch wiederum eine ganz weſentliche Abweichung von dem XII Tafelrechte darin zu Tage, daß dort als poena temeritatis das Simplum des quanti ea res erit geſetzt iſt, während die XII Tafeln bei allen poenae temeritatis mit reiperſecutoriſcher Function lediglich das duplum des quanti ea res est als Strafſatz kennen.

Was ſodann die poena temeritatis der lex Silia betrifft, ſo prägen ſich auch hier und zwar in einem dreifachen Momente höchſt gewichtvolle Abweichungen von dem XII Tafelrechte aus: theils nämlich in dem Quantum des Strafſatzes, welcher auf $33^1/_3$ %

bemeſſen iſt, während die XII Tafeln für die poena temeritatis mit reiperſecutoriſcher Function lediglich den Straſſatz von 100% kennen, als dem von der älteſten röm. Volksanſchauung angenommenen abſtracten Anſchlage des pönal qualificirten Schadenerſatzes (A. 880); theils ſodann in der Modalität der arithmetiſchen Fixirung jenes Straſſatzes, welcher dort durch Diviſion zu berechnen iſt, während die XII Tafeln bei relativem Straſſatze und zwar ebenſo beim Civilprozeß-, wie beim Civilrechts-Delicte nur multiplicative Procentſätze kennen; ſowie endlich in der Zweiſeitigkeit der poena temeritatis. Denn die XII Tafeln ſetzen eine zweiſeitige poena nur da, wo dieſelbe durchaus keine reiperſecutoriſche Function hat, in dem sacramentum nämlich, für welches dementſprechend nun auch ein abſoluter Anſatz von 500 und 50 Aſſen gegeben iſt, wohingegen diejenige poena, welche in Wahrheit die reiperſecutoriſche Function mit verſieht, dem Gegenpart zugleich einen Schadenerſatz zu gewähren und die demgemäß nun auch nach dem Procentſatze des Duplum fixirt wird, immer nur der einen Partei auferlegt iſt (§ 79). Dahingegen aber die poena der lex Silia, indem neben ihr, wie obbemerkt, ein Schadenerſatz wegen mora solvendi ſchlechterdings nicht gewährt wird, trägt inſoweit, als dem Beklagten auferlegt, zwar das reiperſecutoriſche Element eines Schadenerſatzes in ſich; allein indem dieſelbe gleichwohl auch wieder zum gleichen Betrage dem Kläger angedroht iſt, wo doch jedwede reiperſecutoriſche Beimiſchung mangelt, ſo iſt nun in ſolcher Zweiſeitigkeit der Strafandrohung der Kläger in Wahrheit öconomiſch nachtheiliger geſtellt, als der Beklagte, inſofern die poena für den Letzteren vollſtändig Gewinn, für den Erſteren dagegen theilweis Erſatz der erlittenen Einbuße iſt.

§ 99.

Fortſetzung.

Das Condictionenrecht der leges Silia, Calpurnia und Aquilia in ſeiner Stellung zum XII Tafelrechte.

Das Stipulationsrecht der leges Silia und Calpurnia, indem es den XII Tafeln noch vollſtändigſt fremd und unbekannt war[1223])

1223) Dieſe Thatſache wird unmittelbar bekundet durch die Tripertita des Aelius, deren pars I das XII Tafelrecht enthält, während pars II die

und aus latinischem Particularrechte durch jene leges in das ius civile Romanorum recipirt wurde, trägt, wie in § 2—6 und 98 dargelegt, einerseits in seinem Grundtypus, wie in manichfachen Einzelzügen den Character einer principiellen Uebereinstimmung mit dem altrömischen Rechte an sich, während andrerseits wiederum Verschiedenheiten und Abweichungen von durchaus capitaler Bedeutung zwischen Beiden hervortreten. Diese Abweichungen selbst aber sind dreifacher Beschaffenheit: theils nämlich

A. terminologischer Natur; denn

1. die technische Terminologie von stipulatio utilis und inutilis: rechtsbeständige und nichtige Stipulation setzt diese letzteren beiden Ausdrücke in Bedeutungen, die ebenso dem vulgären, wie dem sonstigen technischen Sprachgebrauche der Römer fremd sind, indem hier einerseits utilis in ganz anderer Bedeutung auftritt, so z. B. als Prädicat von actio und exceptio, andererseits aber

---

Stipulation und Expensilation umfaßt; und diese Scheidung kehrt noch wieder im Sabinus-System, wie in Cassius-Jus civile und Labeo's Pithana: Voigt, das Aelius- und Sabinus-System § 2. 4—6. Im Uebrigen s. Beil. XIX § VII. Selbstverständlich sind ohne alle Beweiskraft für das Alter der Stipulation Referate über die XII Taf., welche durch Rücksichtnahme auf jüngere Rechtsordnungen beeinflußt sind, so über tab. VII, 11: si is venditori — satisfecerit, oder VII, 8: erit actio privato —, ut noxae domino caveatur. Denn theils sind die Ausdrücke satisfacere und cavere gar nicht original (s. Beil. XXI A. 78), theils beschah auch das satisfacere und cavere des XII Tafelrechtes sicher durch andere Mittel (A. 218. 1270), als durch adpromissio oder stipulatio praetoria, auf welche letztere und zwar auf cautio damni infecti jenes noxae cavere des Paul., entsprechend dem Rechte von dessen Zeit, hinweist; vgl. Lab. bei Ulp. 53 ad Ed. (D. XXXIX, 3, 3. § 3. fr. 1. § 18). Wie schwer übrigens das in Thl. II § 33 geltend gemachte Argument wiegt, daß die Quellen bei ihrer überreichen Behandlung der Stipulation auch nicht den leisesten Versuch machen, dieselbe an die XII Taf. anzuknüpfen, das ergeben die Quellen selbst in Wahrheit deutlich genug: denn in der That ist in denselben durchaus unverkennbar ausgeprägt die „große Vorliebe, mit welcher die späteren Juristen jedes" zu ihrer Zeit noch gültige „Rechtsinstitut, auch wenn es nur in den kleinsten Anfängen in den XII Tafeln enthalten war, eben auf diese, wie auf die Hauptquelle ihres Rechtes zurückführen": Raspe, Calumnia 26. Wo daher nicht etwa Tribonian planmäßig interpolirte oder die Quellen selbst zu dürftig sind oder eine jüngere Rechtsbildung die ältere überwuchert, da ergiebt jene Manier derselben ein absolut sicheres argumentum e silentio.

wiederum die Nichtigkeit durch andere technische Prädicate bezeichnet wird, als durch inutile, wie z. B. bezüglich des testamentum, der obligatio, des matrimonium[1224]);

2. in der Bezeichnung a. certae creditae pecuniae vertritt das Wort certum, welches auch in den Benennungen certi condictio und a. si certum petetur tralaticisch beibehalten ward, die durchaus unrömische Bedeutung von baar, resp. von baar Geld; der röm. Sprachgebrauch dagegen verbindet mit dem Worte certum einen ganz anderen Begriff, so in den Verbindungen mit actio, formula, intentio, condemnatio, contractus, stipulatio, res, pecunia, oder in dem honorarischen Edicte über die Injurienklage in Dig. XLVII, 10, 7. pr. — § 5. Collat. II, 6 oder bezüglich der Klagen aus lex mancipii und Damnationslegat (A. 870);

3. in der Bezeichnung a. certae creditae pecuniae hat das Wort pecunia die Bedeutung von Geld, während die altrömische Sprache damit durchaus nur den Begriff von Vermögen, Vermögensstück, Vermögenswerth verbindet (A. 1158) und so insbesondere auch in den XII Tafeln tab. V, 3. V, 7. X, 7., das Geld dagegen immer nur durch aes bezeichnet[1225]); endlich

4. die cond. triticaria muß um deßwillen jünger sein, als die XII Tafeln, weil der Bau des triticum erst seit dem J. 302 bei den Römern Eingang zu finden begann, demgemäß die XII Tafeln als Getreide zur Nahrung des Menschen nur das far kennen[1226]);

1224) Testamentum iniustum, ruptum, irritum und dergl.; obligatio inanis, inefficax: Schilling, Inst. § 229 t; matrimonium iniustum, non iustum. Dagegen die Terminologie von utile, inutile, legatum bei Gai. II, 196—198. 218. III, 98 und inutilis institutio bei Licin. Ruf. 2 Reg. (D. L, 17, 210) ist erst der Stipulation entlehnt worden. Utile und inutile bezeichnet bezüglich der Stipulation das Rechtsbeständige und das Nichtige, bezüglich der actio und exc. das Nutzbare, Brauchbare d. h. brauchbar gemacht für den concreten Fall: Keller, Civ. Pr. § 89.

1225) So XII Taf. tab. III, 1; Mancipationsformel: emptum esto — hoc aere aheneaque libra (A. 66); staatsrechtliche Bezeichnung IIIviri aeri argento auro flando feriundo; lex Jul. peculat. bei Ulp. 44 ad Sab. (D. XLVIII, 13, 1); dann nexum aes: Fest. p. 165. lucar aes: Paul. Diac. p. 119. aes grave: Marquardt, r. Alterth. III, 2. A. 17, aes hordearium, equestre, militare: Gai. IV, 27 u. a., wie öfter in der Litteratur; vgl. Thl. II A. 152.

1226) Beil. XIX A. 32. Die Benennung erklärt sich nur auf die Weise, daß sie von dem im Gesetze gebrauchten Ausdrucke triticum hergeleitet war:

B. civilrechtlicher Natur; denn

1. in der leg. a. legis Siliae und Calpurniae ſind die certa pecunia und das certum triticum oder ſpäter die ſonſtige certa res als weſentlich ungleichartig behandelt und verſchiedenen Klagen überwieſen, während die XII Tafeln bei dem Nexum und in der poena infitiationis bei Klagen aus lex mancipii und Damnationslegat (A. 870), ebenſo wie das ſpätere Recht z. B. bei der mutui datio jedwede certa res fungibilis als weſentlich gleichartig behandeln und der gleichen Klage unterſtellen;

2. in dem foenus iſt die dem alten Rechte ebenſo unbekannte, als auch widerſtreitende Rechtsordnung ſancirt, daß ein unſolennes Rechtsgeſchäft: die Tradition die Eigenthumsübertragung vermittelt (Beil. XXI § XVIII unter c);

3. die ſolenne Form der stipulatio iſt abweichend von den zweiſeitig ſolennen Formen des XII Tafelrechtes conſtruirt: ebenſo ohne Solennitätszeugen, wie auf ein ſolennes Stichwort allein beſchränkt, daher auch dieſelbe weder dem alttechniſchen Begriffe der nuncupatio, noch des legem dicere mit unterfällt (S. 178. Thl. II A. 239);

4. der für das Rechtsgeſchäft der XII Tafeln gültige Rechtsſatz des non recipere diem vel condicionem erleidet keine Anwendung beim Stipulationsrechte (S. 34 fg.);

5. das Stipulationsrecht kennt und überträgt zuerſt in das römiſche Recht die Correalobligation, welche nach dem Zeugniſſe von Paul. 23 ad Ed. (D. X, 2, 25. § 9—14) den XII Tafeln noch unbekannt iſt: während daher die mehreren vades gleich den Miterben nur nach Kopftheil haften (Beil. XIX A. 115[a]), ſo haften von Alters her die adpromissores mit dem Hauptſchuldner, und bis zur lex Furia de sponsu v. 536 (Beil. XIX A. 78) auch die mehreren sponsores und fidepromissores mit einander correaliter, ebenſo wie auch im Expenſilationsrechte die mehreren argentarii[1227]);

---

die lex Calpurnia, die Darlehnsſtipulationen über Getreide für klagbar erklärend, nannte an erſter Stelle das triticum und ſo weiterhin denn auch far und hordeum; vgl. Beil. XIX a. E.

1227) In erſterer Beziehung vgl. Westrik ad loc Gai. de sponsor. 13; in letzterer Beziehung Auct. ad Her. II, 13, 19. Paul. 3. 62 ad Ed. (D. II, 14, 27. pr. 25. pr. 9. pr.); vgl. auch A. 1228.

6. das Stipulationsrecht ſchuf in der adstipulatio, delegatio und expromissio debiti alieni, wie proprii ganz neue, dem alten Rechte unbekannte Geſchäftsproportionen (§ 4) und bringt dieſem Rechte überhaupt erſt das Inſtitut der novatio: voluntaria, wie necessaria zu (§ 138);

7. die bezüglich der adstipulatio und adpromissio: sponsio, wie fidepromissio gültige Rechtsordnung, daß die Obligation aus ſolcher Stipulation weder activ auf den Erben des adstipulator, noch paſſiv auf den Erben des adpromissor übergeht[1228]), ſteht in directeſtem Widerſpruche mit dem Rechtsſatze der XII Tafeln, daß die Contractsobligation activ, wie paſſiv auf den Erben übergehe (Beil. XIX A. 115);

8. bei der novatoriſchen Stipulation gilt nicht das im älteſten Rechte maaßgebende Erforderniß einer Correſpondenz der Form bezüglich der novirten Obligation (A. 83);

9. die bei der triticaria condictio bezüglich der Unmöglichkeit der Solution maaßgebende Kategorie des facere und non facere (§ 98) iſt völlig fingulär in dem alten, wie aber auch in dem jüngeren röm. Contractsrechte;

10. bei der triticaria condictio aus Contracten über res non fungibilis haftet der Debitor im Falle der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte nicht unbedingt, wie nach XII Tafelrecht (§ 97), ſondern lediglich wegen culpa in faciendo, wodurch nun jene condictio zur Schaden-

---

1228) Gai. III, 114. 120. IV, 113. — Daneben finden ſich vereinzelte Spuren, welche darauf hinweiſen, daß dagegen die Erben des promissor entſprechend, wie unter 5, in solidum hafteten; denn nur als Reſiduum von ſolcher Ordnung läßt der Rechtsſatz ſich erklären, daß im Gegenſatze zu dem bon. fid. negotium und der Stipulation mit doli clausula bei der auf ein facere gerichteten Stipulation ohne ſolche Clauſel das Object untheilbar ſei, ſomit die Miterben in solidum haften: Schilling, Inſt. § 228e und die daſ. Citirten, ein Satz, gegen den bereits Cat. 15 Jur. civ. bei Paul. 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 4. § 1) und Tubero bei Ulp. 20 ad Ed. (D. cit. 72. pr.) Einſchränkungen verſuchen, obwohl vergeblich, da vielmehr derſelbe von Anton. Phil. und Ver. bei Ulp. 2 Fideic. (D. XXXII, 1, 11. § 23. 24), wozu vgl. Gai. de Leg. (D. XXXV, 2, 80. § 6) auch auf die Haftung auf facere aus dem Teſtamente übertragen wird. Dagegen iſt derſelbe nicht auf die stricti iur. negotia im Allgemeinen extendirt worden.

klage wegen bezüglicher culpa in faciendo des Debitor auf quanti res erit ſich geſtaltet (§ 98);

11. die condictio erliſcht im Falle der mora accipiendi ipso iure, indem der Debitor dadurch liberirt wird (bei A. 1217), wogegen im XII Tafelrechte ſolche mora entweder ganz irrelevant und juriſtiſch effectlos iſt und insbeſondere den Debitor nicht liberirt oder aber durch eine von demſelben an den Creditor zu erlaſſende denuntiatio wegen Abnahme des Schuldobjectes zu juriſtiſcher Relevanz erhoben werden muß (bei A. 1172).

Dagegen iſt es eine Singularität des Expenſilationsrechtes und ſomit zweifelsohne großgriechiſcher Provenienz, daß der argentarius bei Vermeidung der pluspetitio zum „cum compensatione agere“ verpflichtet iſt d. h. zur Erbittung eines Formeltheiles, wodurch dem Gegner die Kürzung des Debitum um den Betrag der inconnexen Gegenforderung an gleichartigen Fungibilien frei gegeben wird (Gai. IV, 64. 66—68);

C. prozeſſualiſcher Natur; denn

1. bei certi condictio iſt abweichend von dem XII Tafelrechte theils der Straffatz der temeritas von $33^1/_3$ % gegenüber den 100 % der XII Tafeln, theils die Modalität ſeiner arithmetiſchen Beſtimmung durch Diviſion gegenüber den multiplicativen Procentſätzen der XII Tafeln, theils endlich die Zweiſeitigkeit der poena gegenüber den einſeitigen poenae mit reiperſecutoriſcher Nebenfunction in den XII Tafeln (§ 98 a. E.);

2. bei triticaria condictio iſt abweichend von dem XII Tafelrechte die poena temeritatis mit ihrem Simplum des quanti res erit, indem die XII Tafeln bei allen poenae temeritatis mit reiperſecutoriſcher Function lediglich das Duplum als Straffatz kennen (§ 98);

3. durch die lex Silia ward das dem römiſchen Rechte bis dahin unbekannte Inſtitut des iusiurandum in iure delatum eingeführt[1229]).

Und wie daher hierdurch allenthalben die fremdländiſche Provenienz des Stipulations-Rechtes, wie -Prozeſſes auf das Beſtimmteſte ſich bekundet, während wiederum alle hiſtoriſchen Spuren

1229) Vgl. Rudorff zu Puchta, Inſt. § 162 f. § 216 p. Gromat. Inſt. 247 A. 46. Keller, Civ. Pr. A. 742.

auf latiniſches Recht als auf die Quelle jenes Inſtitutes hinweiſen (Thl. II § 33), ſo nun deuten gewiſſe Spuren auf gleichen Urſprung auch bezüglich des Rechtes der lex Aquilia hin. Denn

a. tritt hier als Wort damnum für Schaden in einer der altrömiſchen Sprache durchaus fremden Bedeutung auf: denn dort wird der Begriff Schaden durch noxia vertreten, während damnum die Rechtsverbindlichkeit bezeichnet[1230];

b. das zweite Capitel der lex Aquilia wider den Abſtipulator, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit (A. 1203), verhält ſich gleich als Ergänzung zum Rechte der lex Silia und Calpurnia;

c. das erſte und dritte Capitel der lex Aquilia unterſtellen den delictiſchen Thatbeſtand der für die condictio triticaria maaßgebenden Kategorie der culpa in faciendo[1231];

d. das erſte und dritte Capitel der lex Aquilia fixiren die poena delicti in einer im römiſchen Rechte ganz ſingulären Weiſe (§ 72 unter 2 b);

e. die poena infitiationis bei Klagen auf incertum iſt dem alten Rechte nicht allein unbekannt, ſondern von demſelben geradezu ausgeſchloſſen bei Klage aus lex mancipii und Damnationslegat (A. 870).

Von allen jenen reformatoriſchen Sätzen des Condictionenrechtes aber gewinnt für die Geſchichte des Principes einer Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung die wichtigſte Bedeutung die Rechtsordnung unter B 10, daß der Debitor bei totaler oder partieller Unmöglichkeit der Solution nur wegen culpa in faciendo verhaftet iſt (ſ. § 135).

§ 100.

Die urſprüngliche Bedeutung von aequitas, aequum, aequum et bonum. Das Herrſchaftsgebiet der aequitas.

Die früheſte Bekundung erfährt die aequitas theils durch das Auftreten einer Gottheit oder vielmehr des indigitamentum einer ſolchen unter der Benennung Aequitas (A. 209), theils durch die

1230) Voigt, Bedeutungswechſel 125 fg. 142 fg. 158 fg.
1231) Vgl. Schilling, Inſt. § 235 rr.

den arbitria der leg. a. per. iud. post. eigenthümliche Clauſel, welche gemeinhin lautete: quantum aequius melius est ob eam rem mihi a te dari, bei dem arbitrium rei uxoriae insbeſondere aber: quod eius melius aequius erit ob eam rem mihi a te dari (Beil. XX § III. IV), und worin ſomit ein doppeltes ſprachliches Element: aequum und bonum zum einheitlichen techniſchen Ausdrucke verbunden iſt.

Was nun zunächſt die Worte aequum und aequitas betrifft, ſo lauten deren älteſte Formen aecum [1232]) und aecotia [1233]), welches letztere ſomit eintritt an Stelle eines nicht direct, wohl aber in dem Gegenſatze von nequitia [1234]) erhaltenen aequitia oder aecitia. Da nun jener Gegenſatz der aequitas: die nequitia den Begriff vertritt des den eigenen Vermögensintereſſen unangemeſſenen, ſomit des unwirthſchaftlichen Verhaltens [1235]), ſo ergiebt ſich daher hieraus für aequum, in abſoluter Beziehung d. h. in

---

1232) So z. B. Cat de re Floria bei Gell. IX, 12, 7. Enn. Hec. Lustr. bei Non. 399, 8. Eumenid. bei Marc. Sat. VI, 4, 6. Pacuv. Armor. iud. bei Non. 261, 13. Titin. Var. bei Non. 157, 11. Unbenannter Tragiker bei Auct. ad Her. II, 26, 42. Plaut. Stich. III, 1, 22 (Camer. Decurt. Urs.), Pseud. I, 3, 35 (Camer.), Sen. Contr. IX, 26, 1. Gai. I, 190. III, 7. 40. 149. IV, 75 u. a. m. Vgl. Corſſen, Ausſpr. I², 69 fg.

1233) C. J. L. I no. 43; vgl. tab. lith. p. 14. Ritschl, de fictil. litterat. Bonn 1853 p. 20—24.

1234) Nequitia für neaequitia, wie nemo für nehemo, praeda für praehenda: Corſſen a. O. 108.

1235) Dieſe älteſte Bedeutung wird bezeugt durch eine Formel aus älteſter Zeit, durch das an den prodigus erlaſſene interdictum re et commercio: quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico (Beil. XII § XVIII); vgl. P. Cornel. Scipio contra Ti. Claudium Asellum v. 614 bei Gell. VI, 11, 9: omnia mala, probra, flagitia, quae homines faciunt, in duabus rebus sunt: malitia atque nequitia etc. Auct. ad Her. III, 6, 11. Cic. p. Cluent. 51, 141. Phil. II, 20, 50. Tusc. III, 8, 18; vgl. Brisson. de V. S. s. v. Und dem entſprechend bildet nequam den Gegenſatz von frugi, ſo bei Cic. de Orat. II, 61, 248: iisdem et laudare frugi servum possumus et, si est nequam, iocari, ſowie, obwohl ſchon mehr verallgemeinert bei Gell. VI, 11, 2: veterum hominum, qui proprie atque integre locuti sunt, — dixerunt — — „nequam“ hominem nihili, neque rei neque frugis bonae, quod genus Graeci fere ἄσωτον vel ἀχόλαστον dicunt; Porph. zu Hor. Od. III, 15, 2: olim nequam dicebatur ignavus ac nihili; vgl. Schmid zu Hor. Ep. I, 15, 33.

Bezug auf ein einzelnes Subject aufgefaßt, als älteſter Begriff die Bedeutung von übereinſtimmend mit den eigenen Vermögensintereſſen[1236]) oder des denſelben Angemeſſenen, während die aequitas, als Maaßſtab des Verhaltens von ſolchem Subjecte, das deſſen Vermögensintereſſen angemeſſene, ſomit das wirthſchaftliche Verhalten bezeichnet.

Dafern dagegen die aequitas in relativer Beziehung in das Auge gefaßt wird d. h. rückſichtlich der collidirenden Vermögensintereſſen zweier als Mitbetheiligter einander gegenüberſtehender Subjecte, ſo modificirt ſich nun jener Begriff in entſprechender Weiſe: es gewinnt nun aequum die Bedeutung des Ueberſtimmenden mit den Vermögensintereſſen des Mitbetheiligten oder des denſelben Angemeſſenen, während die aequitas als Maaßſtab des Verhaltens der beiden Intereſſenten und ſomit als Regulator der collidirenden Vermögensintereſſen die Angemeſſenheit oder Billigkeit in der Berückſichtigung: in Abwägung, wie Ausgleichung, in Wahrung, wie Beſchränkung ſolcher collidirenden Intereſſen oder mit Einem Worte, die billige Berückſichtigung der gegneriſchen Intereſſen bezeichnet. Und wie nun die nequitia den Gegenſatz zur aequitas in abſoluter Beziehung bildet, ſo ergiebt wiederum die iniquitas den Gegenſatz zur aequitas in relativer Beziehung: als das den collidirenden Vermögensintereſſen des Mitbetheiligten unangemeſſene, ſomit dieſelben benachtheiligende Verhalten[1237]) oder mit Einem Worte, als die einſeitige Verfolgung der eigenen Intereſſen.

Hinwiederum das Wort bonum vertritt den Begriff des Uebereinſtimmenden mit einem gegebenen Geſetze der Ethik. Und zwar iſt ſolches ethiſche Geſetz weder das Recht, noch die Moral, als vielmehr die bürgerliche Sitte, wie ſolche von der Anſchauung und Uebung des römiſchen Volkes getragen iſt. Somit ergiebt

---

1236) Damit ſtimmt überein, wenn Corſſen, Beitr. 254 fg. Nachtr. 237 als Urgriff „übereinſtimmend" nachweiſt, von wo aus nun die obige beſchränktere Beziehung ſich entwickelte; und ſo nun z. B. Plaut. Curc. I, 1, 65: quidquam aequi bonique im Sinne von: angemeſſener Preis.

1237) Daher: die nequitia richtet ſich wider das Vermögen des allein in das Auge gefaßten Subjectes, die iniquitas richtet ſich wider das Vermögen des Anderen von den zwei in das Auge gefaßten Subjecten. Parallel iſt z. B. die Verſchiedenheit von infidus und perfidus.

ſich für bonum als maaßgebende Bedeutung: das der bürgerlichen Sitte, wie der Volksanſchauung der Römer Entſprechende[1238]). Dieſen Maaßſtab ſolcher Prädicirung bekundet aber auf das Beſtimmteſte eine Anzahl alttraditioneller Wortverbindungen, in denen jenes bonum wiederkehrt, und ſo zwar von boni mores, als das von der römiſchen Volksanſchauung getragene Geſetz der bürgerlichen Sitte[1239]); von bona fides: Treu und Glauben, wie ſolches von der römiſchen Volksanſchauung erfordert wird oder, allgemeiner, das den boni mores entſprechende Verhalten in geſchäftlichen Dingen[1240]); dann von bonus vir[1241]), bonus civis,

---

1238) Dieſe beſchränkende Beziehung auf das ſpecifiſch Römiſche harmonirt mit dem in Beil. IX § II und X § II bezüglich der Worte civile und iustum Bemerkten; vgl. Thl. II § 6. 15.

1239) Edict. perp. in D. XLVII, 10, 15. § 1: qui adversus bonos mores convicium cui fecisse — dicetur; ſowie das von Brisson. de V. S. v. mores § 3 geſammelte Material; überdem Varr. τοῦ πατρός bei Non. 181, 12. Cic. Hortens. p. 983, 43 Or. Sall. Cat. 9, 1. 52, 10. Quint. J. O. VI, 1, 7 u. a. m.

1240) Den Gegenſatz bildet die fides humana, ſo bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 1. pr.), Diocl. im C. Just. II, 4, 20.

1241) Bonus vir iſt noch etwas anderes als unſer „Ehrenmann", eher noch unſer „Mann von altem Schrot und Korn": Qu. Sextius Niger bei Sen. Ep. 73, 12: Jovem plus non posse quam virum bonum. Als den Maaßſtab, nach welchem ſolche Bonität bemeſſen ward, ſetzen die Philoſophen die honestas oder auch die iustitia im philoſophiſchen Sinne und dies ergiebt die ſpecifiſch philoſophiſche Bedeutung des Ausdruckes: Thl. I A. 269. Dagegen die röm. Volksanſchauung ſetzt als ſolchen Maaßſtab die boni mores oder ſpäter die bona fides oder aequitas: Beil. VII § 23. In dieſer volksthümlichen Bedeutung tritt der bonus vir auf im senatus decretum v. J. 550 bei Liv. XXIX, 19, 7: viros bonos sociosque et amicos eos (sc. Locrenses) appellari; im S. C. de Ascl. v. 676 im C. J. L. I no. 203 lin. 3 der griech. Ueberſetzung: ἄνδρας καλοὺς καὶ ἀγαθοὺς — π[ρο]ςαγορεῦσαι· in der intentio der a. fiduciae: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione Beil. XX § 30); in den leges oleae legundae und oleae faciundae bei Cat. RR. 144, 3. 145, 3: viri boni arbitratu deducetur; in der lex vini in doliis vendundi daſ. 148, 1: viri boni arbitratu degustato; in der lex pabuli hiberni vendundi daſ. 149, 2: viri boni arbitratu resolvat und resolvetur; in der cautio usufructuaria: Beil. XIX A. 50, wie iudicatum solvi: Ulp. 77 ad Ed. (D. XLVI, 7, 5); in der Wette des M. Lutatius Pinthia: Ni vir bonus esset: Cic. de Off. III, 19, 77. Val. Max. VII, 2, 4; in der Wette bei Cat. p. L. Turio in Gell. XIV, 2, 26: ni vir melior esset Gellius, quam Turius; in der Grabſchrift auf L. Cornel. Scip. vom Ende des 5. Jahrh. d. St.

bonus paterfamilias, bonus dominus, bonus heres [1242]), als der Mann, der Bürger u. ſ. w. von römiſcher Sitte: Geſinnung, wie Handlungsweiſe; ferner von bonus iudex, als dem Richter, welcher auf Berückſichtigung der boni mores oder insbeſondere der aequitas bei ſeinem Urtheile angewieſen iſt [1243]); nicht minder von bono modo oder bene d. h. der römiſchen Sitte gemäß [1244]); wie endlich auch von bonum ius, welches, ſynonym mit aequum ius, dasjenige Recht iſt, das der jeweiligen Volksanſchauung der Römer entſpricht [1245]).

Und indem nun bonum gleiche Bedeutung vertritt in den obigen Clauſeln aequius melius und melius aequius, ſo ergiebt

---

im C. J. L. I no. 32: duonoro optumo fuise viro; endlich auch bei Plaut. Trin. II, 1, 35 fg., Cat. RR. praef. § 2, wie in Sen. Contr. I, pr. § 9. Varr. RR. III, 6, 6. Quint. J. O XII, 1, 1. vgl. III, 7, 25. XII, 11, 9. 11. Plin. H. N. XVIII, 3, 3. Serv. in Georg. I, 46; ſowie bei Ter. Andr. III, 5, 10. V, 4, 12. Brut. in Cic. ad Brut. I, 16, 1. Cic. p. Quinct. 17, 55 fg. ad Fam. I, 9, 10. Quint. J. O. XII, 1. Hor. Ep. I, 16, 40. 67 fg. vgl. Roth, Theorie und Geſch. d. r. Satire, 47 fg. Bähr, r. Litt. II, 240. A. 15. Daneben bonae fidei vir: Qint. J. O. X, 7, 1.

1242) Bonus civis: Varr. Man. bei Non. 543, 32. 450, 2 (p. 158 Riese): quocirca oportet bonum civem legibus parere et deos colere, in patellam dare μικρὸν κρέας etc. Cic. de Off. I, 34, 124: privatum (i. e. civem romanum) — oportet aequo et pari cum civibus iure vivere neque summissum et abiectum neque se efferentem; tum in re publica ea velle, quae tranquilla et honesta sint: talem enim et sentire bonum civem et dicere solemus; Cic. ad. Att. X, 8, 4; Quint. J. O. XII, 11, 1. — Bonus paterfam.: Sab. bei Ulp. 17 ad Sab. (D. VII, 1, 9. § 2); Jul. in J. Just. II, 1, 38. Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XVIII, 1, 35. § 4); Afr. 9 Quaest. (XL, 4, 22), Paul. 3 ad Sab. (D. VII, 15. § 1). — Bonus dominus: Cat. RR. 14, 3: huic operi pretium ab domino bono, qui bene praebeat, quae opus sunt; § 4: bono domino pars pretii accedat; Cic. de Sen. 16, 56. Brut bei Cic. ad. Brut. I. 16, 4. — Bonus heres: Plin. Ep. IV, 10 f. S. 232.

1243) Cic. in Verr. IV, 15, 34. p. Caec. 28, 65. Cels. 3 Dig. (D. VI. 1, 38), Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII 6, 3. § 3); vgl. Beil. VII § 27 a. E.

1244) Cat. RR. 14, 3 in A. 1242; 5, 1: si quis quid deliquerit, pro noxa bono modo vindicet; Orat. Qu. Caecilii Metelli (cos. 548) bei Plin. H. N. VII, 43, 140: pecuniam magnam bono modo invenire; Cic. ad Att. XIII. 23, 3. ad Qu. fr. II, 6, 3. Dann auch bene in der intentio der a. fiduciae in A. 1241.

1245) Plaut. Stich. V, 3, 44: bonum ius dicis: inpetrare oportet, qui aequom postulas, Pseud. I, 5, 123. Rud. IV, 4, 108. Bacch. IV, 3, 2. vgl. A. 1146.

ſich nun hieraus die alttechniſche Bedeutung von aequum bonum: dasjenige, was mit dem von der Volksanſchauung und bürgerlichen Sitte der Römer getragenen Maaßſtabe der Angemeſſenheit oder Billigkeit bei Abwägung und Ausgleichung collidirender mehrſeitiger Vermögensintereſſen übereinſtimmt, während die aequitas wiederum zum Inbegriffe der von der römiſchen Volksanſchauung vertretenen Geſetze oder Pflichtgebote des äußeren Verhaltens ſich erhebt, durch welche den bei der Güterbewegung des Vermögensverkehres in Mitleidenheit gezogenen mehrſeitigen Vermögensintereſſen allſeitig Rechnung getragen wird. Und ſo daher iſt die aequitas das Geſetz der durch die römiſche Volksanſchauung getragenen pecuniären Billigkeit oder, mit Einem Worte, Trägerin des Principes nemo cum damno alterius locupletior fieri debet, und tritt ſo nun in den in § 94 dargelegten Gegenſatz zum ius, als dem Geſetze des Rechtes.

Hieraus allenthalben aber ergiebt ſich zugleich die weſentliche Verſchiedenheit, welche von Vorn herein zwiſchen fides und aequitas obwaltet: das Geſetz der bürgerlichen Sitte, indem es das weite Gebiet des ſocialen Lebensverkehres in ſeinem Hervortreten in die Außenwelt umſpannt und ſo nun die mannichfachſten Lebensbeziehungen beherrſcht, welche innerhalb der bürgerlichen Geſellſchaft zu Tage treten, zerfällt je nach der ſpecifiſchen Verſchiedenheit ſolcher Verkehrsbeziehungen wiederum in verſchiedene Gruppen ſpeciellerer Geſetze, ſo als Geſetz des Anſtandes, der Ehre, der Treue und Redlichkeit, der Billigkeit, der pietas gegen die Eltern u. a. m. Und ſo daher grenzen ſich in dem normativen Geſammtgehalte der boni mores als deſſen integrirende Beſtandtheile und beſondere Gebiete unter Anderen ab die fides: das Geſetz von Treue und Glauben in geſchäftlichen Dingen, und die aequitas, das Geſetz der Angemeſſenheit oder Billigkeit bei Abwägung und Ausgleichung collidirender Vermögensintereſſen, allenthalben getragen und vertreten von der römiſchen Volksanſchauung. Wenn ſo daher die beiden letzteren Geſetze als Inbegriff und Träger je ſelbſteigener normativer Poſtulate von Vorn herein durchaus ſelbſtſtändig neben einander ſtehen (§ 31), ſo beruht jedoch ſolche unterſcheidende Selbſtſtändigkeit derſelben nicht auf einer Verſchiedenheit des Objectes ihrer Normirung, als vielmehr auf der Verſchiedenheit der Kategorie: der als maaß-

gebend geſetzten, dem einigen Objecte inliegenden, verſchiedenen Beziehungen, welche durch das betreffende Geſetz normirt werden.

Denn das Geſetz der fides regelt die moraliſche Verbindlichkeit nach ihrer Exiſtenz: als Inbegriff und Träger der Normen über das verbindliche Element der Vereinbarung im Allgemeinen und ſo im Beſonderen über das Medium, welches Befugniß, wie Verbindlichkeit begründet und aufhebt, ſetzt jenes Geſetz als ſolches verbindliche Element den in der verlautbarten Willensbeſtimmung (§ 15) enthaltenen wahren (§ 29) Denk- und Willensgehalt des Paciſcenten (§ 17). Und ſo nun erfordert jenes Geſetz von den Intereſſenten ebenſo die fides: die Treu und Redlichkeit in Eingehung und Erfüllung des ſo Vereinbarten, wie es andrerſeits die malitia (A. 1328) verpönt als die verſchuldete Treuloſigkeit bei Eingehung, wie Erfüllung der Vereinbarung (§ 37 fg.).

Dagegen das Geſetz der aequitas normirt die moraliſche Verbindlichkeit nach ihrem Inhalte und Umfange: als Inbegriff und Träger der Normen bezüglich des Maaßſtabes, wonach der öconomiſche Gehalt der Vereinbarung bemeſſen und im Beſonderen Befugniß, wie Verbindlichkeit ſubſtantiirt werden, ſetzt jenes Geſetz als ſolchen öconomiſchen Maaßſtab der Verbindlichkeit das Mittel, welches aus der Abwägung der collidirenden beiderſeitigen Vermögensintereſſen ſich ergiebt. Und ſo nun erfordert dieſes Geſetz von den Intereſſenten ebenſo die aequitas: die billige Berückſichtigung der gegneriſchen Vermögensintereſſen, wie es andrerſeits die iniquitas verpönt als die egoiſtiſche und einſeitige Verfolgung der eigenen Intereſſen.

Insbeſondere endlich bezüglich der Clauſeln quantum aequius melius est oder quod eius melius aequius erit ob eam rem mihi a te dari erklärt ſich der Comparativ daraus, daß der Kläger ein Angemeſſeneres oder Billigeres fordert, als der Beklagte ihm zugeſteht, ſo daß nun nach Alle dem dafür der Sinn ſich ergiebt: auf wie hoch nach dem von der gemeinen Meinung getragenen Maaßſtabe der Angemeſſenheit bei Abwägung unſerer collidirenden Vermögensintereſſen in billigerer Maaße das von Dir mir zu Leiſtende ſich beſtimmt. Und indem nun durch jene Clauſeln die aequitas in ſolcher Bedeutung zur Anwendung und Geltung bei jenen arbitria erhoben wird, ſo geſtalten ſich auch auf Grund

deſſen die letzteren zu den juriſtiſchen Organen der aequitas: es wird durch ſolche Clauſel die aequitas zur Mitwirkung neben dem ius bei Normirung der bezüglichen Rechtsverhältniſſe berufen.

Im Uebrigen liefern die obigen Ergebniſſe zugleich die in Thl. I S. 4 und § 7 vorbehaltene Ergänzung des dort behandelten Lehrſtoffes: denn während die aequitas in vulgärer Beziehung in den ſpäteren Zeiten das Geſetz der Billigkeit im Allgemeinen vertritt d. i. die Summe derjenigen der jeweiligen Volksanſchauung entſprechenden und von dieſer getragenen Normen oder Pflichtgebote, nach denen die Intereſſen der bei einem Lebensverhältniſſe Mitbetheiligten in deſſen in die Außenwelt hervortretenden Beziehungen zu bemeſſen und zu regeln ſind; während ſodann die aequitas in ihrer juriſtiſch theoretiſchen Beziehung: als eigenthümliches Element des Rechtes ſelbſt der Inbegriff derjenigen jener vulgären aequitas entſprechenden Principien iſt, welche im Gegenſatze zu correſpondirend widerſprechenden Rechtsprincipien ebenſowohl eine Ausprägung im Rechte, als auch in ſolcher gegenſätzlichen Ausprägung eine theoretiſche Anerkennung Seitens der Römer erfahren haben; und während nun dieſer ſpecifiſch juriſtiſchen aequitas neben der damni ratio in dem nächſten Abſchnitte auch die voluntatis ratio und in der zweiten Periode noch die sanguinis und arbitrii ratio überwieſen werden (§ 140); ſo umfaßt dagegen in dem gegenwärtigen Zeitraume die aequitas im Allgemeinen eine bedeutend beſchränktere Sphäre: ſie iſt im Munde des Volkes, wie der Rechtstheorie Vertreterin des Principes allein des nemo cum damno alterius locupletior fieri debet und ſonach Trägerin öconomiſcher Geſetze allein des Lebensverkehres, des Geſetzes nämlich der öconomiſchen Angemeſſenheit oder Billigkeit in Abwägung von collidirenden Vermögensintereſſen.

Was ſodann nun die Herrſchaftsſphäre der aequitas betrifft, ſo ergiebt ſich als ſolche aus dem Obbemerkten das Rechtsgebiet der arbitria der leg. a. per iud. post. (§ 102). Allein wie nach § 94 dieſes Herrſchaftsgebiet der aequitas ein anomales iſt, da a priori Rechtsverhältniß, wie Proceß der Ordnung des Rechtes allein, nicht aber daneben auch noch anderer Geſetze unterfallen, ſo nun iſt daſſelbe auch weder ein urſprüngliches, als vielmehr

lediglich ein ſpäter übertragenes, noch auch das principale Gebiet, als vielmehr lediglich eine acceſſoriſche Pertinenz deſſelben.

Vielmehr iſt dies urſprüngliche, berufsmäßige und hauptſächliche Herrſchaftsgebiet der aequitas von Alters her gegeben in den auf die fides allein geſtellten geſchäftlichen Verhältniſſen, ſomit in demjenigen Lebensverkehre, welcher, der Ordnung durch das ius nicht theilhaft, einzig und allein auf der Grundlage der boni mores ſich bewegt und ſo nun, lediglich ſogen. moraliſche Verbindlichkeiten begründend, ſeine ordnende Norm nicht in dem „ita ius esto“ der lex, als vielmehr einzig und allein in den Geſetzen jener boni mores im Allgemeinen, im Beſonderen aber in denjenigen Poſtulaten derſelben fand, welche als aequitas: als das Geſetz der Angemeſſenheit oder Billigkeit bei Abwägung und Ausgleichung collidirender Vermögensintereſſen, und als fides: als das Geſetz von Treu und Glauben in geſchäftlichen Dingen integrirende Beſtandtheile und ſpecielle Beziehungen der boni mores: als des Geſetzes der bürgerlichen Sitte im großen Ganzen ſind.

§ 101.

Fortſetzung.

A. Die Herrſchaft der aequitas innerhalb der mores.

Nach § 36 fg. bewegt ſich der Geſchäftsverkehr der Römer in ebenſo zahlreichen, wie vielfältigen Verkehrsverhältniſſen völlig außerhalb des Rechtsgebietes, vielmehr durchaus nur innerhalb der Sphäre der mores: aus mannichfachen Gründen, namentlich aber durch den Nichtgebrauch der ſolennen und legalen Geſchäftsform von den Rechtsordnungen ausgeſchloſſen, ſind und bleiben jene Geſchäfte einzig und allein auf die fides der Paciſcenten geſtellt und finden in dieſer allein das Motiv, wie in den Geboten der mores das Geſetz, welches das Compelle zur Erfüllung ſolcher rein moraliſchen Verbindlichkeit ergiebt. Und gleichwie für den rechtsgeſchäftlichen Verkehr die lex mit ihrem: „ita ius esto“ (ſ. S. 51) die normative Satzung darbietet, welche ſo Recht, wie Rechtspflicht nach Exiſtenz, wie Gehalt beſtimmt und regelt, ſo nun ergiebt für jenen rein ſocialen Lebensverkehr das Geſetz der bürgerlichen Sitte: der boni mores die Ordnungen und Normen, nach denen ſolche ſogen. moraliſche Verbindlichkeit ſammt dem ihr correſpondirenden Anſpruche in Exiſtenz, wie Gehalt ſich regelt. Und

zwar ſind es von den mannichfachen, den boni mores inliegenden Beziehungen und Geſetzen wiederum zwei, welche die Regulatoren jener einfachen Lebensgeſchäfte ergeben: die fides, als das Geſetz von Treu und Glauben in geſchäftlichen Dingen, und die aequitas, als das Geſetz der Billigkeit in Abwägung und Ausgleichung collidirender Vermögensintereſſen, Jene die ſogen. moraliſche Verbindlichkeit nach ihrer Exiſtenz: nach Begründung, wie Aufhebung, Dieſe dieſelbe nach ihrem öconomiſchen Gehalte: nach Inhalt, wie Umfang beſtimmend und regelnd (§ 100).

Je zahlreicher und vielfältiger aber jene Verkehrsverhältniſſe waren, welche allein auf Grundlage der fides begründet (§ 36) und allein durch das Geſetz der aequitas ſubſtantiirt wurden; je machtvoller ſodann das Geſetz der boni mores zu Rom eingriff und je ſorglicher daſſelbe von dem vir bonus beobachtet wurde (§ 39); je ſtrenger endlich über die Verletzung der Treu- und Gewiſſenspflicht im alten Rom geurtheilt wurde und je empfindlicher der Vorwurf ſolcher Verletzung traf (§ 40); um ſo mehr nun mußte bereits von älteſter Zeit her ein Syſtem von Normen und Ordnungen gegeben ſein, in denen der Verpflichtete das Geſetz ſeines bezüglichen Verhaltens, der Schiedsrichter aber den Maaßſtab für ſeinen Schiedsſpruch fand (vgl. § 109). Und zwar konnte ſolches Geſetz nicht gleich dem Rechte in geſchriebener Satzung verlautbart und gleich den XII Tafeln in einem umfaſſenden Codex vereinigt ſein; vielmehr gewann daſſelbe ſeinen Ausdruck lediglich in practiſcher Uebung, wie in mündlicher Tradition, durch welche die maaßgebenden Anſchauungen und Poſtulate in Gehalt von Axiomen oder Maximen oder auch von ſpecielleren Sätzen, wie in Geſtalt von Parömieen oder Gnomen von Generation auf Generation ſich überlieferten. Gerade in ſolcher Geſtalt aber der mündlichen Ueberlieferung und der Parömie iſt das Geſetz der boni mores dem Rechtsgeſetze weit eher ähnlich, als unähnlich geweſen: denn auch das Privatrecht war vor den XII Tafeln ein ungeſchriebenes und nur von mündlicher Tradition, wie von practiſcher Uebung getragen; und ſo daher konnte auch jenes Privatrecht nur in derartigen Axiomen und Parömieen verlautbart geweſen ſein, die leicht und ſicher dem Gedächtniß ſich einprägten und durch mündliche Tradition ſich fortpflanzen ließen. Ja prüfen wir den Beſtand der in originaler

Faſſung uns erhaltenen XII Tafelgeſetze, ſo haben ſelbſt dieſe noch zum größten Theile, gleich den ῥῆτραι des Lycurg,[1246] jenen ihren alten Character als Rechts-Gnomen ſich bewahrt, von kurzen Sätzen ſomit, die, in präciſeſte, wie typiſche Ausdrucksform gekleidet, leicht und ſicher im Gedächtniſſe ſich bewahrten[1247] und deren Auswendiglernen ſo nun auch zur Aufgabe der Erudition der Jugend erhoben werden konnte.[1248]

Jene Gnomen ſelbſt aber, welche ſo die Poſtulate der fides, wie aequitas in volksthümlicher Weiſe verlautbarten, ſind allerdings durch gleichzeitige Quellen uns nicht überliefert: denn die Litteratur, welche dieſelben uns bekunden könnte, iſt faſt vollſtändig zu Grunde gegangen und bis auf vereinzelte Atome ſind uns verloren vor Allem die Reden der vorciceronianiſchen Zeiten, wie die Origines des Cato mit ihren Sittenſchilderungen, woraus noch Sall. Cat. 6—10 ſeine bewundernswerthe Skizze entlehnt hat;[1249] verloren ſind uns ferner Cato's carmen de moribus,[1250]

1246) Vgl. namentlich Müller, Dorier I, 135. Für die Rechtsſprüchwörter im Allgemeinen bei den Griechen bietet namentlich Zeugniß Aesch. Cho. 306 fg.: für feindliches Wort ſei feindliches Wort! Alſo ruft Dike, die lautere, laut, wenn die ſchuldige Buße ſie eintreibt. Für blutigen Mord werd blutiger Mord! Wer that, muß leiden! So heißt das Geſetz in den heiligen Sprüchen der Väter.

1247) So z. B. si pater[familias] filium ter venum duvit, filius a patre liber esto; uti legassit, super pecunia tutelave, suae rei, ita ius esto; cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto; usus auctoritatis fundi biennium, ceterarum rerum annuus esto: adversus hostem aeterna auctoritas esto; si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto; si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento; si calvitur pedemve struit, manum endoiacito; aeris confessi rebusque iure iudicatis, XXX dies iusti sunto: und bergl. m. Dann wieder: noxa caput sequitur; pater est quem nuptiae demonstrant; agnascendo rumpitur testamentum; semel heres semper heres; nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Im Allgemeinen vgl. Dirkſen im Rhein. Muſ. f. Jurispr. III, 106 fg. Schilling, Bemerkungen 130 fg. 415. Zell, Ferienſchriften II, 22 fg.

1248) Plaut. Most. I, 2, 45., wo von den Eltern bezüglich der Kinder geſagt wird: docent litteras, iura, leges; Cic. de Leg. II, 23, 59: discebamus — pueri XII ut carmen necessarium. Und gleiches geſchah mit den Rhetren bei den Spartanern: Francke, de Callino p. 199.

1249) Vgl. litterar. Centralbl. 1872. Sp. 393.

1250) Vgl. Bernhardy, r. Litter. A. 265. Jordan, Caton. quae extant p. CI.

wie die Satiren eines Ennius, Lucilius und Varro,[1251]) welche den Contraſt und den Lichteffect zu den Sittenzeichnungen ihrer Gegenwart den vergangenen guten Zeiten der Republik entlehnten; und verloren iſt endlich auch die juriſtiſche Litteratur der Republik, wie der angehenden Kaiſerzeit, welche das Uebertreten jener Gnomen in das Recht, die Umwandlung ſomit der Moralſentenz in den Rechtsſatz ganz direct uns bekunden würde. Allein immerhin bieten doch die Rechtswerke der mittleren Kaiſerzeit noch zahlreiche Sentenzen ſolchen gnomiſchen Characters (§ 140) und berechtigen uns damit zu der Annahme, daß dieſelben in ſolcher ihrer Haltung nicht allein beeinflußt worden ſind durch entſprechende vorgefundene Ueberlieferungen aus jenen älteren Zeiten, ſondern ſogar auch, entſprechend der tralaticiſchen Manier der römiſchen Fachlitteratur im Allgemeinen, einen nicht unbedeutenden Kern an alten Ueberlieferungen aus jenen Zeiten uns bieten.

Und zwar zunächſt bezüglich des Geſetzes der fides wird deſſen allgemeinſtes leitendes Princip in dem Poſtulate des fidem servare cum altero zuſammengefaßt und verlautbart,[1252]) der Treu und Redlichkeit ſomit in Eingehung, wie Erfüllung derjenigen Verbindlichkeit, welche von dem Verpflichteten auf ſolche Grundlage übernommen iſt. Und dieſes generellſte Poſtulat präciſirt ſich nun wiederum im Einzelnen zunächſt in negativer Richtung durch die Sätze:

Non potest improbus (ſ. § 40) videri, qui ignorat, quantum solvere debeat: Venul. 12 Stip. (D. L, 17, 99);

Culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest: Paul. 39 ad Ed. (D. L, 17, 50);

wie andrerſeits in affirmativer Richtung durch die Sätze:

Bona fides exigit, ut quod convenit fiat: Javol. 11 Ep. (D. XIX, 2, 21);

1251) Vgl. Gerlach, hiſtor. Stud. II, 34. A. 1. Roth, Theorie d. Geſch. der röm. Satire 12 fg.

1252) § 39. 40. Beil. XVIII § III unter 6. vgl. auch Plaut. Cist. IV, 2, 94: aequom est tenere per fidem, quod creditum est; Prol. zu Plaut. Rud. 47: is leno, ut se aequomst, flocci non fecit fidem; Auct. ad Her. III, 3, 4: fidem magnopere censebimus conservandam; Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 1. pr.): grave est fidem fallere.

Imperitia culpae adnumeratur: Gai. 7 ad Ed. prov. (D. L, 17, 132);

In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit,[1253] quominus fiat: Pomp. 22 ad Sab. (D. L, 17, 39);

Plus est in opinione, quam in veritate (ſ. § 29);

Boni est viri etiam in morte nullum fallere: Syri, sent. 84 (Wölfl.);

In toto et pars continetur: Gai. 3 ad Ed. prov. (D. L, 17, 113), oder: in eo, quod plus sit, semper inest et minus: Paul. 6 ad Ed. (D. L, 17, 110), wozu vgl. A. 182;

Aliud est vendere, aliud vendenti consentire: Ulp. 76 ad Ed. (D. L, 17, 160. pr.);

Dotis causa perpetua est, worüber vgl. Voigt, lex Maenia A. 56.

Bezüglich des Geſetzes der aequitas dagegen iſt deren oberſtes leiſtendes Grundprincip in dem Poſtulate ausgeſprochen des suum cuique tribuere,[1254] ein Satz, der, indem er in dem κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ des Plato und der Stoiker, wie, von dieſen entlehnt, auch bei Cicero wiederkehrt und indem er dort als ein aus der helleniſchen Volksanſchauung entnommenes und zum rechtsphiloſophiſchen Principe verwendetes Axiom ſich erweiſt,[1255] damit als ein altüberliefertes Stück gräco-italiſcher Volksanſchauung und Pflichtenlehre ſich kennzeichnet. Und unterhalb jenes Principes treten ſodann wieder als deſſen niedere Poſitionen hervor die beiden Axiome des

Commodum eius est, cuius periculum est: J. Just. III, 23, 3, wozu vgl. § 89. 113 und ſo insbeſondere

---

1253) Dieſe Ausdrucksweiſe iſt archaiſch d. h. für die Kaiſerzeit veraltet: § 80; vgl. § 112.

1254) Atilius bei Cic. ad Att. XIV, 20, 3: suam cuique sponsam, mihi meam, suum cuique amorem, mihi meum; Ulp. 1 Reg. (D. I, 1, 10. pr. § 1): iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Juris praecepta sunt haec: — — suum cuique tribuere; Tryph. 9 Disp. (D. XVI, 3, 31. § 1): iustitia, quae suum cuique tribuit; wozu vgl. Thl. I § 98.

1255) Thl. I § 23. A. 215. 216. 276. 277.

Ter. Hec. V, 3, 42: multa ex quo fuerint commoda, eius incommoda aequomst ferre;

ſowie des

Par pari referre,

ein Satz, der, entſprechend dem μοῖτον ἀντὶ μοίτου der Hellenen,[1256]) im Allgemeinen die Vergeltung des Gleichen mit Gleichem poſtulirt,[1257]) insbeſondere aber bezüglich des Intereſſen-Verkehres das Erforderniß ausſpricht, daß ebenſo das gleiche Recht den gleich qualificirten Perſonen zu gewähren ſei,[1258]) als

---

1256) Hesych. II, 613. Auch dieſes „Gleiches mit Gleichem" iſt ein Stück uralter græco-italiſcher Volksreflexion, welches ebenſo in dem Rechte ſeine Ausprägung erhalten (A. 1259), wie in den philoſophiſchen Syſtemen Eingang und Verwendung gefunden hat. Namentlich bei Ariſtoteles iſt daſſelbe als das ἴσον oder μέσον zu einem weſentlichen Merkmale des Rechtes benützt und in der Weiſe verwerthet worden, daß das ἴσον theils als Maaßbeſtimmung für das den gleich qualificirten Perſonen überhaupt zu gewährende Rechtsquantum, theils aber auch auch als Maaßſtab der Ausgleichung für die im Lebensverkehre herbeigeführte Ungleichheit an Integrität von Körper, wie Vermögen hingeſtellt iſt und dementſprechend nun dort als ein ἴσον den ἴσοι zu gewähren, hier aber die eingetretene Ungleichheit durch ein ἴσον: ſei dies Talion, ſei es Schadenerſatz zu beſeitigen iſt (Thl. I § 24 fg.). Und an dieſes ἴσον knüpft wiederum Cicero mit gewiſſen Modificationen ſein par als Rechtsquelle an: Beil. I § 6. 7. Dahingegen Plato und die Stoiker ſetzen an Stelle des ἴσον das κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ: A. 1255 vgl. Thl. I § 31.

1257) Hieher gehört insbeſondere das par pari respondere („Jemandem mit gleicher Münze zurückzahlen") bei Plaut. Pers. II, 2, 41. Merc. III, 4, 44. Truc. V, 47. Ter. Phorm. I, 4, 35 und ſo auch Ter. Phorm. prol. 20 fg.: benedictis si certasset, audisset bene: quod ab illo adlatumst, sibi esse id relatum putet. Dann auch wieder das par pari referre bei Ter. Eun. III, 1, 55 und das paria facere bei Sen. Ep. I, 9, 6. de Ben. II, 30, 2. III, 9, 3. de Tranq. an. 7, 2. Und endlich auch Ulp. 3 ad Ed. (D. II, 2, 1. pr.): hoc edictum summam habet aequitatem et sine cuiusquam indignatione certa: quis enim aspernabitur, idem ius sibi dici, quod ipse aliis dixit vel dici effecit? Endlich noch Cic. Part. Or. 37, 170 bezüglich der aequitas: ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet, quod in beneficio gratia, in iniuria punitio nominatur.

1258) Dieſe Beziehung kleiden die Römer in das Sprüchwort: Idem Atti, quod Titi: Varr. Idem Atti bei Non. 40, 1. Gell. XIII, 16, 14. vgl. Varr. Testam. bei Gell. l. c. § 13. Und dann z. B. Diocl. im C. Just. III, 38, 3: in bon. fid. iudiciis et quod inaequabiliter factum esse constiterit, in melius reformabitur.

auch bei eingetretener Verletzung des Einen durch den Anderen die ſo herbeigeführte Ungleichheit durch Gewährung des Aequivalentes wieder auszugleichen ſei. Und indem nun ſolche Verletzung ſelbſt wiederum zwiefältiger Beſchaffenheit iſt: theils an Leib und Leben, theils an Hab' und Gut, ſo führt nun dort jenes Axiom auf das Syſtem der Talion,[1259]) hier aber auf die Verpflichtung zur Gewährung des Aequivalentes, wie des Schadenerſatzes im Beſonderen:

Plaut. Asin. I, 3, 20: par pari datum hostimentumst: opera pro pecunia.

Die Gründe im Beſonderen aber der Verbindlichkeit zum Schadenerſatze ſind wiederum in mehrfachen Gnomen fixirt, und zwar bald in negativer Beziehung, ſo

Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire: Pomp. 8 ad Qu. Muc. (D. L, 17, 203);

Nemo videtur fraudare (A. 1261) eos, qui sciunt et consentiunt: Ulp. 66 ad Ed. (D. L, 17, 145);

Res non [est] reddita, quae deterior redditur: Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII. 6, 3. § 1);

1259) Dieſen Moment faßt beſonders in das Auge das ἀντιπεπονθὸς ἄλλῳ des Pythagoras: Thl. I § 18. Im Uebrigen vgl. den Spruch des Rhadamantus bei Hesiod. fr. 217: εἴ κε πάθοι τά κ' ἔρεξε, δίκη κ' ἰθεῖα γένοιτο, ſowie die weiteren Anführungen bei Laſaulx, Stud. der claſſ. Alterthumswiſſ. 238 A. 30. In volksthümlicher Weiſe ſpricht das Princip der Talion aus Phaedr. I, 28: nulli nocendum; si quis vero laeserit, multandum simili iure. Im Uebrigen iſt das Syſtem der Talion ein zwiefaches: entweder es wird an dem verbrecheriſchen Gliede die Miſſethat geſühnt: ſo bei der noxae deditio des Privatrechtes und der deditio per patrem patratum des Fetialrechtes, und ſo auch im alten ägyptiſchen Rechte nach Diod. Sic. I. 78; oder es wird dasjenige Uebel, welches der Verbrecher dem Anderen zufügte, über den Erſteren verhängt, ſo z. B. in der Strafe der membri ruptio, wie des iudicem litem suam facere der XII Taf.; dann auch in der altgriech. Volksanſchauung, ſo Aesch. Ag. 1299 fg. 1391 fg. 1493 (da Verdientes er that, da Verdientes er litt); 1530 fg. (ſo lange Zeus währt, wird währen auch das Recht, daß, wer erſchlug, fällt: denn ſo iſt's Satzung): Cho. 281 fg. 306 fg. (A. 1246), 395 fg. (es erheiſcht das Geſetz für Blut, einmal vergoſſen zur Erd, neu fließenden Blutes); Hik. 465 fg. Und ſo auch im puniſchen Rechte nach Cat. Orig. IV, 4: si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur, wozu vgl. Jordan, Cat reliqu. LI.

Donari[1260]) videtur, quod nullo iure cogente conceditur: Pap. 9 Resp. (D. L, 17, 82. XXXIX, 5, 29. pr.);

theils in affirmativer Beziehung, wie

Aequum est nemini officium suum damnosum esse: Afric. 8 Quaest. (D. XXVII, 2, 61. § 5) oder: iniquum est damnosum cuique esse officium suum: Gai. 7 ad Ed. prov. (D. XXIX, 3, 7), wozu vgl. A. 287;

Non videntur rem amittere, quibus propria non fuit: Pap. 2 Def. (D. L, 17, 83);

Non debet alteri per alterum iniqua condicio inferri: Pap. 1 Quaest. (D. L, 17, 74);

Fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt: Sabin. bei Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 36. § 5).

Im Beſonderen aber enthält das Gebot des servare fidem alteri die Mißbilligung desjenigen Verhaltens, wodurch die fides verletzt wird ſei es bei Eingehung der Vereinbarung: durch dolus malus (Argliſt) oder durch vis, oder in gewiſſen Fällen durch reticentia (A. 1263) oder Benutzung des error in der Willensbeſtimmung des Mitpaciſcenten (vgl. § 37 a. E.), ſei es bezüglich der Erfüllung der Vereinbarung: durch deren Verkürzung in zeitlicher, örtlicher, quantitativer oder qualitativer Beziehung, ſomit durch mora solvendi oder durch Solution am unrichtigen Orte oder durch verſchuldete Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte.

Und wiederum das Gebot des suum cuique tribuere oder das Verbot der iniquitas enthält die Anforderung ebenſowohl den durch die malitia dem Mitintereſſenten zugefügten Schaden zu erſetzen, ſomit den Schaden, der verurſacht wurde durch dolus malus oder vis, oder reſp. durch reticentia oder Benutzung des error, nicht minder durch mora solvendi oder accipiendi, durch Solution am unrichtigen Orte oder durch verſchuldete Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, als auch den mit den Geſetzen der aequitas nicht vereinbarlichen,

---

1260) Donare bezeichnet hier nicht die donatio im wiſſenſchaftlichen Sinne der Kaiſerzeit: Schilling, Inſt. 348.

gemachten Gewinn dem Mitintereſſenten herauszugeben, den Gewinn ſomit, der erlangt wurde durch die vitiöſe causa einer empfangenen Solution oder vermittelſt des dem Anderen geſchuldeten Objectes oder durch den Aufwand von nothwendigen Impenſen, welcher von dem Schuldner auf das geſchuldete Object im Intereſſe des Empfängers gemacht worden iſt.

Und dieſe Sätze und Ordnungen prägten ſich in der That auch im bürgerlichen Leben des alten Roms innerhalb der Sphäre der boni mores: der fides, wie aequitas in ſcharfen und beſtimmten Zügen aus, wie ſolches bekunden

Plaut. Asin. I, 1, 109 fg.: moriri se misere mavolet, quam non perfectum reddat, quod promiserit; Most. IV, 3, 29: fides servanda est: ne ire infitias postules;

Ter. Andr. III, 3, 42: pollicitus sum et servare in eo certum'st, quod dixi, fidem;

Orat. Qu. Caecilii Metelli bei Plin. H. N. VII, 43, 139 fg.: scriptum reliquit decem maxumas res optumasque, in quibus quaerendis sapientes aetatem exigerent, consumasse eum: — — pecuniam magnam bono modo (A. 1244) invenire;.

Sall. Cat. 7: divitias honestas volebant (sc. maiores);

Plaut. Asin. III, 2, 15., wo als Vorwurf ausgeſprochen wird: fidentem fraudaveris[1261]).

Polyb. VI, 56: οὐδεν αἰσχρον — τοῦ πλεονεκτεῖν ἀπὸ τῶν μὴ καθηκόντων (ſ. Thl. I § 27)· καθ' ὅσον γὰρ ἐν καλῷ τίθενται τὸν ἀπὸ τοῦ κράτιστου χρηματισμὸν, κατὰ τοςοῦτον πάλιν ἐν ὀνείδεςι ποιοῦνται τὴν ἐκ τῶν ἀπειρημένων λεονεξίαν·

Cic. p. Rom. Am. 38, 111: in privatis rebus si quis rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut commodi causa, verum etiam negligentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant;

Cic. Parad. III, 1, 21: an virum bonum dices, qui depositum nullo teste, cum lucrari inpune posset auri pondo X, reddiderit, si idem in X milibus non idem fecerit?

1261) Wegen fraudare, benachtheiligen ſ. Voigt, Bedeutungswechſel 110 fg.

Cic. de Off. III, 13, 54: vendat aedes vir bonus propter aliqua vitia, quae ipse norit, ceteri ignorent: pestilentes sint et habeantur salubres, ignorentur in omnibus cubiculis apparere serpentes, male materiatae sint, ruinosae, sed haec praeter dominum nemo sciat. Quaero, si haec emptoribus venditor non dixerit aedesque vendiderit pluris multo, quam se venditurum putarit, num id iniuste aut improbe fecerit? III, 15, 62: Q. — Scaevola P. f. cum postulasset, ut sibi fundus, cuius emptor erat, semel indicaretur, idque venditor ita fecisset, dixit se pluris aestimare: addidit centum milia;

Polyb. XXXII, 13, welcher berichtet, daß, als P. Cornelius Scipio Aemilianus im J. 592 ſeinen Tanten deren Dos auf Einen Termin durch ſeinen Banquier auszahlen läßt, während er das zweite und dritte Drittheil erſt reſp. nach einem und zwei Jahren zu zahlen verpflichtet iſt [1262]), die Gatten der Betreffenden erſt den Banquier und dann den Scipio ſelbſt auf ſolchen vorausgeſetzten Irrthum aufmerkſam machen [1263]);

Plaut. Bacch. IV, 4, 100: mea fiducia (i. e. fide) opus conduxi et meo periculo rem gero.

Und wie daher der Lebensverkehr, der auf der Grundlage der boni mores und fides ſich bewegt, für den öconomiſchen Gehalt der ſo begründeten Verbindlichkeiten ſeinen Regulator in der aequitas findet, als dem Geſetze der Billigkeit in Abwägung, wie Ausgleichung der collidirenden Vermögensintereſſen, hierin ſomit dem Principe der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung ſich unterordnend; ſo nun unterfallen anderentheils ſolche Lebensverhältniſſe auch dem Principe der arbiträren richterlichen Cognition: denn die Satzungen der mores kleiden

1262) Vgl. Voigt, lex Maenia § 6.

1263) Bei Cic. de Off. III, 13, 54. 15, 62. ſteht jedoch ein die Anforderung der Volksanſchauung noch überſteigendes, bei Pol. cit. dagegen ein durch die boni mores erforbertes Maaß der fides in Frage: Benutzung des error in der Willensbeſtimmung des Mitpaciſcenten und reticentia ſind nicht allgemein reprobirt, ſondern nur inſoweit, als ein beſonderes officium die Paciscenten verbindet: § 37 a. E.

ſich in Vorſchriften, deren Denkgehalt nur in relativer Maaße beſtimmt und begränzt iſt; und ſo daher konnten die richterlichen Organe der boni mores: das consilium cognatorum et amicorum und der compromiſſariſche arbiter oder iudex [1264]) nicht mit einer einfachen, rein logiſchen Subſumtion der Zweifelsfrage unter die Satzung der mores ſich begnügen und ihre Entſcheidung ſomit nicht auf die Frage allein des nackten Recht- oder Unrechthabens beſchränken, als vielmehr dieſelben waren darauf angewieſen, die anzuwendende Norm unter Berückſichtigung der beſonderen thatbeſtändlichen Momente des concreten Falles genauer zu präciſiren und demgemäß nun auch das Quale und Quantum der entgegenſtehenden Anſprüche unter Berückſichtigung der collidirenden Parteiintereſſen beiderſeitig abzuwägen und das danach ſich ergebende Facit durch die Entſcheidung zu fixiren.

§ 102.

Fortſetzung.

B. Die Herrſchaft der aequitas innerhalb des ius.

1. Die arbitria der leg. a. per iud. post. gegenüber dem Principe der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung.

Das weſentliche Unterſcheidungsmerkmal der arbitria der leg. a. per iud. post. liegt in der aequi et bona clausula der intentio, ſomit in deren Conception auf quantum aequius melius est ob eam rem mihi a te dari oder, bei a. rei uxoriae insbeſondere, auf quod eius melius aequius erit ob eam rem mihi a te dari (Beil. XX § III, IV). Und zwar wird durch dieſe Clauſel die Schuldverbindlichkeit in ihrem öconomiſchen Gehalte, ſomit bezüglich des Schuldbetrages an ſich, ausdrücklich auf die aequitas geſtellt, als das von der römiſchen Volksanſchauung getragene Geſetz der Angemeſſenheit oder Billigkeit in Abwägung und Ausgleichung colli-

---

1264) Thl. II § 42 und A. 480. Judex im Sinne des Schiedsrichters findet ſich bei Plaut. Rud. V, 3, 24 fg., Cas. prol. 76. Liv. III, 24, 5. 56. 4. Plin. H. N. IX, 35, 120 fg., Val. Max. II, 8, 2. VII, 2, 4. Macr. Sat. III, 17, 17.

direnden Vermögensintereſſen (§ 100), damit aber ebenſo direct der Beklagte, wie indirect der Richter auf ſolches Geſetz verwieſen als auf die Norm, nach welcher Beide jenen Schuldbetrag zu bemeſſen haben.

In ſolcher Ordnung prägt ſich aber in vierfacher Beziehung etwas höchſt Characteriſtiſches aus: einmal das aequum et bonum wird unverhohlen als eine Norm anerkannt, welche ein Verſchiedenes von dem ius iſt und als zweites und ſelbſteigenes Geſetz coordinirt neben demſelben ſteht; nicht minder wird ſolches aequum et bonum als maaßgebende Norm für das betreffende Rechtsverhältniß, wie Richterurtheil ausdrücklich herbeigezogen und damit daſſelbe zum Complemente des Rechtes bei Regelung des Rechtsſtreites erklärt, während normaler Weiſe doch in dem Rechte allein die Satzungen dargeboten ſind, nach denen das Rechtsverhältniß zu regeln und zu beurtheilen iſt; ſodann aber wiederum wird dadurch, daß vermittelſt jener Clauſel das Recht ſelbſt gleich als lex referens Parteien und Richter auf die aequitas gleich als lex relata verweiſt, die letztere mit dem Werthe und der Geltung einer Rechtsordnung für die bezüglichen Verhältniſſe bekleidet, als einer Norm ſomit von kategoriſch bindender Macht für die Intereſſenten, wie für den Richter, daher ebenſo das Urtheil beſtimmend, wie eventuell auch durch die Execution zu verwirklichen; und endlich beſchieht allenthalben ſolche Verweiſung nur in der Form einer nackten Bezugnahme auf die aequitas im Allgemeinen, ohne daß irgend wie das in concreto zur Anwendung gelangende ſpecielle Poſtulat derſelben hervorgehoben und bezeichnet würde, ſo daß demnach ebenſo die Kenntniß jener Geſetze im Allgemeinen der aequitas, wie die Wiſſenſchaft davon, welches von dieſen Geſetzen in concreto Anwendung zu erleiden habe, ohne Weiteres bei dem Volke vorausgeſetzt werden.

Im Uebrigen aber ergeben ſich hieraus für das Verhältniß zwiſchen aequitas und ius die weiteren Momente: zuerſt daß, während das betreffende Rechtsverhältniß nur von dem ius kraft eigener Autorität und kraft urſprünglichen Berufes beherrſcht wird, die aequitas ihre bezügliche Anwendnng und Geltung lediglich aus der durch das ius ihr beſonders zu Theil gewordenen Berufung ableitet und ſtützt: und dies nun begründet eine weſentliche Verſchiedenheit der arbitria von den der Sphäre der mores allein

anheimfallenden Lebensverhältniſſen, da über dieſe wiederum die aequitas, nicht aber das ius kraft eigener Machtvollkommenheit und Beſtimmung herrſcht (§ 101). Sodann das betreffende Rechtsverhältniß ſtützt ſich bezüglich ſeiner Exiſtenz: ſeiner Begründung, wie Aufhebung auf das ius allein und ausſchließlich[1265]), ohne daß nach dieſer Richtung hin die aequitas irgend wie maaßgebend würde, wogegen wiederum bezüglich ſeines öconomiſchen Gehaltes: in Inhalt und Umfang der dem Beklagten angeſonnenen Verbindlichkeit daſſelbe allein und ausſchließlich von der aequitas beherrſcht wird, indem das ius dieſe a priori ihm zufallende bezügliche Aufgabe ausdrücklich der aequitas allein überweiſt: und dies wiederum ergiebt ebenſo eine Aehnlichkeit, wie eine Unähnlichkeit zwiſchen den arbitria und den der Sphäre der mores allein anheimfallenden Lebensverhältniſſen: die letzteren unterfallen bezüglich ihrer Exiſtenz dem Geſetze der fides, bezüglich ihres öconomiſchen Gehaltes dem Geſetze der aequitas. Und drittens endlich liegt es im Weſen der aequitas (§ 100), den Anſpruch des Klägers nicht einſeitig nach Maaßgabe von deſſen alleinigem Intereſſe zu beurtheilen und zu bemeſſen, als vielmehr in vollſter Gleichheit und Gleichſeitigkeit auch die Intereſſen des Beklagten mit zu erwägen und zu wahren, ſo daß nicht allein ebenſo der Anſpruch des Klägers, wie der etwaige bezügliche Gegenanſpruch des Beklagten ein jeder für ſich unter Berückſichtigung und Abwägung der beiderſeitigen Intereſſen bemeſſen, ſondern auch die beiderſeitigen Anſprüche wiederum gegen einander abgewogen werden und ſo in

---

1265) Dieſer Satz erleidet eine Modification bezüglich der a. tutelae und fiduciae: Beide haben neben dem ius auch die fides zu ihrem Fundamente und zwar die erſtere insbeſondere um deßwillen, weil die tutela auf einem beſonderen officium beruht (A. 287), die letztere aber auf Grund der dem pactum fiduciae inſerirten, der doli clausula parallelen Clauſel: fidei. fiduciae causa: A. 1168. Daher involvirt die Verletzung der bezüglichen Pflichten, welche es bis zum Richterurtheile kommen läßt, ebenſo eine Rechts-, wie eine Treu-Verletzung, weßhalb die Klage, ebenſo wie die a. de rationibus distrahendis und suspecti tutoris, a. famosa iſt. In der lex Jul. mun. im C. J. L. I no. 206 lin. 111 und im Edict in Dig. III, 2, 1 ſind dieſe beiden Klagen ſammt der a. tutelae unter dem tutelae damnari zuſammengefaßt. Dahingegen gehört nicht hierher die a. leg. Plaetoriae. welche eine a. de dolo iſt: A. 1283.

ihrem Facit das Object, der richterlichen Condemnation ergeben[1266]). Und dies wiederum bedingt, daß ebensowohl der connexe Gegenanspruch des Beklagten ipso iure zur Geltung kommt d. h. dessen Berücksichtigung ohne Weiteres dem officium iudicis inliegt[1267]), als daß auch solcher Gegenanspruch nothwendig dem Voranspruche unmittelbar und in dem Processe über den letzteren selbst entgegengestellt werden muß, somit also nur durch das Mittel der processualischen Defension in jenem Processe, nicht aber durch selbsteigene Klage geltend gemacht werden kann, indem die a. contraria gegenüber dem arbitrium der Legisaction vollständig unbekannt ist[1268]), hier vielmehr die a. directa und contraria des

1266) Cic. p. Rosc. Com. 4, 10: arbitrium incertae (sc. pecuniae est); — — ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil neque tantum, quantum postulavimus, consequamur; Sen. de. Ben. III, 7, 5: huius (i. e. arbitri) libera et nullis adstricta vinculis religio (sc. est) et detrahere aliquid potest et adicere et sententiam suam, non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia inpulit regere; de Clem. II, 7, 3: liberum arbitrium habet: non sub formula, sed ex aequo et bono iudicat et — illi licet — quanti vult taxare litem. Im Besonderen wegen des arbitrium rei uxoriae bietet eine Analogie die a. sponsae pecuniae in § 107 unter c.

1267). So bezüglich der impensae auf die mit der res principalis zu restituirenden fructus: Sab. bei Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 36 § 5): fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt, was sicher ein altes Axiom war (§ 101 vgl. A. 1661); dann ferner bezüglich der res uxoria: Nerat. 2 Membr. (D. XXV, 1, 15): quod dicitur impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem deminuere, ita interpretandum est, wo sonach ein alter Rechtssatz interpretirt wird; vgl. Ulp. 36 ad Sab. (D. XXV, 1, 5. pr.): quod dicitur necessarias impensas dotem minuere; Paul. 6 ad Plaut. (D. XXIII, 3, 56. § 3): quod dicitur necessarias impensas ipso iure dotem minuere, sowie Voigt, lex Maenia A. 88 und unten § 107. Und so nun später auch bei der bon. fid. a.: § 90.

1268) Die contraria tutelae a. ist honorarisch: Ulp. 26 ad Ed. (D. XXVII, 4, 1. pr.) s. A. 1392. Gegenüber der a. rei uxoriae giebt es keine a. contraria in der Function einer a. retentionis ommissae d. h. zur Verfolgung der unterlassenen Retention: Ulp. fr. VI, 10: sextae (sc. dotis propter liberos) in retentione sunt, non in petitione, wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. 395, und erst eine späte Zeit gab hier cond. ob caus., insoweit deren Thatbestand vorliegt, so Ulp. 36 ad Sab. (D. XXV, 1, 5. § 2) nach dem Vorgange des Marcellus, allerdings unter Widerspruch der gemeinen Meinung: Voigt, a. O. 394. Ebensowenig gab es eine fiduciae

Formularproceſſes zu einer proceſſualiſchen Einheit zuſammengezogen ſind. Auf der anderen Seite aber geht dieſe Zweiſeitigkeit auch nur ſoweit, daß durch den Gegenanſpruch des Beklagten der klägeriſche Anſpruch gemindert oder etwa auch völlig abſorbirt wird, nicht aber ſoweit, daß wegen eines etwaigen Ueberſchuſſes, den der Gegenanſpruch des Beklagten über den Anſpruch des Klägers ergiebt, der Letztere hätte verurtheilt werden können, da dieſes vielmehr eine Sondereigenthümlichkeit des iudicium divisorium allein iſt.

Jener letzteren Ordnung entſpricht daher die Thatſache, daß alle weſentlich, wie zufällig zweiſeitigen Quaſicontracte, ſo z. B. familiae erciscundae, wie tutelae, und alle zufällig zweiſeitigen Contracte[1269]), wie z. B. fiduciae, bei denen ſomit je nach der concreten Geſtaltung der Verhältniſſe die beiden Intereſſenten bald nur je Creditor und Debitor, bald aber auch Beides zugleich ſind, den arbitria überwieſen ſind, während auf Seiten der lites, iudicia und condictiones die weſentlich einſeitigen Obligationen ſtehen.

Sodann beſchränkt ſich allerdings auch das richterliche Officium keineswegs auf ein Erkenntniß über ein dare, ſondern umfaßt bei gewiſſen Klagen auch die Auferlegung von Cautionen, ſo bei a. communi dividundo oder aquae pluviae arcendae oder bei Klage wegen damnum infectum[1270]). Allein da, wie aus der

---

contraria: denn, ſagt Paul. sent. rec. II, 13, 7: si creditor rem fiduciariam fecerit meliorem, ob ea recuperanda, quae impendit, iudicio fiduciae debitorem habebit obnoxium d. h. zur Geltendmachung der Impenſenforderung dient das iudicium (nicht die actio, da ipso iure compenſirt wird) fiduciae, in welchem bezüglich derſelben dem creditor oder Beklagten der debitor oder Kläger als Verpflichteter gegenüberſteht; vgl. A. 1392a. Die einzige, aber nur ſcheinbare Ausnahme ergiebt die Klage aus communio incidens, inſofern dieſe gleichmäßig den beiden Intereſſenten zuſteht.

1269) Weſentlich zweiſeitige Contracte treten erſt mit dem ius gentium in das röm. Recht hinein: § 109.

1270) Bei a comm. divid., worüber vgl. Beil. XX A. 23, ward ſolche Caution durch Stipulation vermittelt: denn die Schaffung ſolcher Klage iſt weit jünger als die Reception der Stipulation in das röm. Recht; bei a. aquae pluv. arcendae und wegen damnum infectum, worüber vgl. A. 1281 fg., griff dagegen eine den XII Taf. geläufige Modalität des cavere Platz: A. 1223.

intentio der a. comm. div. mit Sicherheit zu erſehen, die Ermächtigung zu ſolcher Condemnation durch die Conception der betreffenden intentio dem Richter beſonders ertheilt wird, ſo kann ſolche weder über den Kreis der ſo concipirten Klagen hinaus zu Gunſten des Klägers, noch auch überhaupt bei irgend welcher Klage zu Gunſten des Beklagten dem Richter zugeſtanden haben.

So daher unterfällt in den bezeichneten Momenten das arbitrium rückſichtlich des öconomiſchen Gehaltes der bezüglichen Rechtsverhältniſſe der Herrſchaft der aequitas in deren für den gegenwärtigen Zeitraum allein maaßgebender Bedeutung als Vertreterin des Principes der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung, wogegen das ius in dieſer Beziehung auf einen mitbeſtimmenden Einfluß verzichtet. Nur in dem einen und iſolirten Punkte greift hiervon eine Ausnahme Platz, daß bei der a. fiduciae cum amico die poena iniustae actionis susceptae von 100 % eintritt (A. 860): denn hiermit decretirt ebenſo das ius über das vom Beklagten dem Kläger zu gewährende Quantum: durch Verdoppelung des nach Maaßgabe der aequitas zu präſtirenden Simplum, wie auch der rigor mitbeſtimmend eingreift in das Herrſchaftsgebiet der aequitas: durch Anordnung ſeiner poena temeritatis.

Was nun im Einzelnen die Stellung des arbitrium gegenüber den in § 75 dargelegten Poſitionen der aequitas betrifft, ſo iſt bezüglich der dritten Poſition die im Allgemeinen übereinſtimmende Structur der arbitria bereits im Obigen dargelegt. Bezüglich der beiden erſten Poſitionen der aequitas aber, ſomit alſo rückſichtlich der Frage, inwieweit das arbitrium neben ſeiner principalen Aufgabe, die Erfüllung der Hauptobligation herbeizuführen, zugleich als Schäden- oder als Bereicherungsklage fungirte, iſt auszugehen von den entſprechenden Verwendungen der bon. fid. a., da dieſe in ſolcher Hinſicht die ſämmtlichen Functionen auf das Erſchöpfendſte in ſich vereinigt, welche überhaupt das römiſche Recht einer Klage mit anderer Hauptaufgabe nach jener Richtung hin jemals überwieſen hat. Von ſolchen Nebenfunctionen der bon. fid. a. entfällt aber zunächſt eine gewiſſe Anzahl bei den arbitria. Und zwar iſt

a. zuvörderſt die mora solvendi dabei irrelevant, wie mit Sicherheit daraus zu erſehen iſt, daß die poena temeritatis wegen

iniusta actio suscepta bei a. fiduciae cum amico Platz greift. Denn da in der poena temeritatis von 100 % in Wahrheit ein reipersecutorisches Element mit dem pönalen sich verbindet, welches in dem Schadenersatze wegen objectiv rechtswidriger Verzögerung der Solution besteht (§ 79), so ist hiermit ausgeschlossen, daß daneben bei jener Klage und daß somit auch bei den arbitria im Allgemeinen mit der mora solvendi eine Verpflichtung zum Schadenersatze verknüpft gewesen sei. Vielmehr ist auch bezüglich der arbitria jener bei den lites leitende Gesichtspunkt maaßgebend, daß im Falle der mora bei sofortiger Klagerhebung der etwa erwachsende Schaden unbeachtlich sei, die Verzögerung der Klagerhebung dagegen eine negligentia involvire, deren Folgen der Gläubiger sich selbst zuzuschreiben habe, somit aber es außerhalb der Aufgaben des Rechtes liege, für Schadenersatz wegen Mora Vorsorge zu treffen, (§ 104), ausgenommen jenen Fall der a. fiduciae cum amico, wo, indem ein besonderes officium den Verpflichteten band, die rechtswidrige Verzögerung der Solution eine ganz flagrante Pflichtverletzung enthielt und um deßwillen nun eine poena temeritatis gesetzt war, die wiederum bei der a. fiduciae cum creditore hinwegfiel [1271]).

b. Daraus ergiebt sich sodann ohne Weiteres, daß andrerseits auch die mora accipiendi keinen Ersatzanspruch des Schuldners begründete, überhaupt aber derselben kein ipso iure eintretender Effect zukam, so daß dieselbe lediglich die auch bei den lites eintretende Wirkung (§ 97) haben konnte, den Schuldner zu einer interpellatio an den Gläubiger auf Abnahme der res debita zu

---

1271) A. 860. 287. 290. 1265. Daß gleiche poena temeritatis nicht auch bei der a. tutelae Platz griff, wo doch ein gleiches officium unterlag, erklärt sich theils daraus, daß hierin nur ein Quasicontract, nicht wie bei der fiducia ein Contract vorliegt, somit also die präcise Bestimmung des Solutionstermines fehlt, theils aber auch hier die grobe Pflichtverletzung als Delict behandelt wird: in der a. de rationibus distrahendis und suspecti tutoris. — Daß auch bei der der Frau zuständigen a. rei uxoriae, welche durch Verzug der Restitution der Dos Seitens des Ehemannes vererblich wird, mora nicht im technischen Sinne, sondern im untechnischen Sinne des Verzuges schlechthin (A. 1003) zu nehmen sei, wird bereits bemerkt von Mommsen, Beitr. III, 265 A. 17 und wird bestätigt durch Paul. 8 Resp (fr. Vat. 112).

ermächtigen, deren Effect dann bei fortgeſetzter Mora die Liberation des Schuldners war.

c. Nicht minder iſt der Solution an dem illegalen Leiſtungsorte die Relevanz abzuſprechen, da bei gegebener Beſtimmung eines Leiſtungsortes der Gläubiger die Solution an einem anderen Orte gar nicht anzunehmen brauchte, bei unterlaſſener contractlicher Vereinbarung aber eines Leiſtungsortes der Gläubiger ſeiner negligentia es zuzuſchreiben hatte, wenn an einem ihm unbequemen Orte der Schuldner leiſtete, überdem aber auch bei der geringen Ausdehnung des alten römiſchen Staatsgebietes jenes Verhältniß in älteſter Zeit überhaupt eine nur untergeordnete öconomiſche Bedeutung haben konnte.

d. Ingleichen iſt die Benutzung des error in der Willensbeſtimmung des Mitpaciſcenten nicht allgemein, ſondern lediglich da, wo ein beſonderes officium zwiſchen Jenen Platz griff, wie zwiſchen Tutor und Pupill oder zwiſchen amici durch die boni mores reprimirt geweſen (A. 1263), dementſprechend nun auch ſolches Verhalten außerhalb ſolches Officium erſt verhältnißmäßig ſpät: in der zweiten Periode als Verletzung der fides aufgefaßt wurde (A. 1557); und ebenſo greift

e. gleiches Verhältniß bezüglich der ſachlich auf das Innigſte mit der Benutzung des error zuſammenhängenden reticentia Platz (A. 1263). Endlich

f. die Vermögensſchädigung durch vitiöſe causa des Rechtsgeſchäftes begründet gleichfalls keinen durch das arbitrium geltend zu machenden Reſtitutionsanſpruch. Denn theils iſt dieſe theoretiſche Figur an und für ſich erſt ein Product der Theorie des nächſtfolgenden Zeitraumes (§ 120), theils iſt auch die Zuertheilung der Function einer cond. ob caus. an die bon. fid. a. ſogar erſt ein Product der zweiten Periode (§ 128); und dann wiederum greift auch die Relevanz der vitiöſen causa über das das principale Rechtsverhältniß abſchließende Rechtsgeſchäft hinaus und auf die demſelben unterliegende causa zurück, dieſe letztere nach ihrer Legalität prüfend und je nachdem mit reſcindirendem Effecte bekleidend. Und gerade dieſer Sachverhalt iſt wiederum vollſtändig unvereinbar mit dem älteſten Rechte und ſeinen leitenden Maximen: denn nach Maaßgabe von § 5 iſt dort unbedingt ausgeſchloſſen die Möglichkeit, daß z. B. die a. fiduciae cum creditore auf die

Thatſache habe geſtützt werden können, das dabei zu Grunde liegende nexum enthalte mit Rückſicht auf die nichterfolgte Auszahlung des Darlehns eine causa non secuta, und es ſei demnach die fiducia ohne Rückzahlung der durch das Nexum verlautbarten Darlehnsſchuld zu reſtituiren [1272]).

Dahingegen gewinnen wiederum bei den arbitria im Allgemeinen Relevanz

1. die Verſchuldung des Debitor bezüglich der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, und dies zwar in der Richtung, daß, während bei den lites der Verpflichtete unbedingt auf die Solution verhaftet iſt, gleichgültig ob durch ſeine Verſchuldung oder durch Zufall dieſelbe vereitelt oder beeinträchtigt ward (§ 97), bei den arbitria der Beklagte inſoweit von ſeiner Verbindlichkeit liberirt wird, als durch Zufall die Solution vereitelt oder beeinträchtigt ward, ſomit aber nur inſoweit haftet, als ſeine eigene Verſchuldung ſolches Ergebniß herbeiführte. Und zwar iſt dieſer Rechtsſatz begründet in dem Weſen der aequitas, nach beiden Seiten hin den Vermögensintereſſen der Parteien Rechnung zu tragen, wonach nun für den Richter die Aufgabe, wie Ermächtigung ſich ergiebt, dem Untergange, wie der Deterioration des Streitobjectes Gewicht beizumeſſen, ſei dies zu Gunſten des Beklagten beim Eintritte des Zufalles, ſei es zu deſſen Ungunſten bei obwaltender Verſchuldung, und zwar Rechnung zu tragen in der Richtung, daß dort eine gänzliche oder theilweiſe Freiſprechung, hier aber an Stelle der Verurtheilung in das Streitobject deſſen richterliche Aeſtimation und die Condemnation in deren Ergebniß eintrat, womit allenthalben auch das bei der leg. a. sacr. ſich vorfindende beſondere arbitrium litis aestimandae entbehrlich ward.

Die culpa oder Verſchuldung an ſich aber des Debitor ward hierbei durchgehends bemeſſen nach dem Maaßſtabe der diligentia, quam suis rebus praestat, [1273]) daher den Thatbeſtand jener

---

1272) Ganz irrelevant für die obige Frage nach ſolcher Nebenfunction des arbitrium iſt die Thatſache, daß die ſpätere Jurisprudenz neben das arbitrium in ſeiner Hauptfunction mehrfach auch eine cond ob caus. ſtellte, ſo z. B. in Concurrenz mit der a. fiduciae oder mit der a. rei uxoriae die cond. causa finita: Voigt, Cond ob caus. § 77 unter 7 und 5 c.

1273) So bezüglich der fiducia Cels. 11 Dig. (D. XVI, 3, 32): si quis

culpa die Vernachläſſigung von ſolcher diligentia ergab, gleichgültig im Uebrigen, ob dieſer Mangel der diligentia als Vorſatz (dolus malus) oder aber als Fahrläſſigkeit (negligentia) ſich qualificirte. Und wenn nun dieſe Auffaſſung in directem Gegenſatze ſteht zu der in dem Delictrechte maaßgebenden, wie zu der in dem nächſten Zeitraume zur Geltung gelangenden,[1274]) ſo entſpricht doch dieſelbe allein dem Weſen der arbitria und dem Verfahren, den Regulator von deren öconomiſchen Gehalte dem Geſetze der boni mores zu entnehmen: denn dieſes Geſetz kann in der That den Maaßſtab für Bemeſſung der von dem Individuum geſchuldeten pflichtmäßigen diligentia lediglich in dem beſonderen Naturell und Character des Einzelnen finden.

non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in fiducia (Trib.: deposito) praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus diligentiam praestabit, wo die Interpolation Tribonians: depositum verkehrt iſt, da der Depoſitar ja gar nicht für culpa in concreto, ſondern nur für dolus haftet: Schilling, Inſt. § 273 b, und wo etwa auch ſtatt quis non ad beſſer quis ad zu leſen iſt; Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. pr.): ita culpae fiat aestimatio (sc. in commodato), sicut in rebus fiduciae (Trib.: pigneri) datis et dotalibus aestimari solet, wozu vgl. Schilling, a. O. § 236 k. 271 d. 276 Zuſ. Alex. im C. Just. IV, 24, 3: creditor, qui praedium fiduciae (Trib.: pignori) sibi nexum detinuit, fructus, quos percepit vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare necesse habet et, si agrum deteriorem constituit, eo quoque nomine fiduciae (Trib.: pignoraticiae) actione obligatur, wozu vgl. Schilling, a. O. § 153 Zuſ. 2. Vgl. A. 1732. Haſſe in Ztſchr. f. geſch. R. W. IV, 234 fg. Culpa § 48. Unterholzner, Schuldverh. II², 852. Wächter in Archiv f. civil. Prax. XV, 134 fg. Schilling, a. O. § 234 s. — Bezüglich der res uxoria: Gai. 9 ad Ed. prov. cit; Ulp. 33 ad Ed. (D. XXIV, 3, 24. § 5); Paul. 7 ad Sab. (D. XXIII, 3, 17. pr.); vgl. Justinian. im Cod. V, 14, 11., ſowie A. 1733; dann vgl. die Zeugniſſe über den Rechtsfall der Cornelia in Voigt, lex Maenia bei A. 97. — Bezüglich der tutela: Ulp. 36. 49 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. pr. XXVI, 7, 10); Paul 32 ad Ed. (D. XLVII, 2, 33. § 3); Callistr. 4 de Cogn. (D. XXVI, 7, 33. pr.); vgl. A. 1734. — Bezüglich der communio incidens: Paul. 33 ad Ed. (D. X, 2, 25. § 16); vgl. A. 1735. — Im Allgemeinen vgl. A. 1732 fg.

1274) Wegen des civilen, wie criminellen Delictrechtes vgl. Voigt, Bedeutungswechſel 45 fg. 81 fg. Wegen der Theorie der nächſten Periode, welche theils nach generellem Maaßſtabe die Verſchuldung bemißt, theils dementſprechend nicht mehr unbedingt für Fahrläſſigkeit, ſondern je nach dem bon. fid. negotium auch für Dolus allein die Haftung auferlegt, vgl. § 112. 141.

2. Nicht minder gewinnt der dolus malus (Argliſt), angewendet zur Beeinfluſſung der Willensbeſtimmung des Mitintereſſenten bei Rechtsacten für das arbitrium Relevanz,[1275] wie ſolches beſonders hervorgehoben wird von

Cic. de Off. III, 15, 61: dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis — —. Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt in arbitrio rei uxoriae „Melius aequius," in fiducia „Ut inter bonos bene agier." Quid ergo? aut in eo „Quod melius aequius" potest ulla pars inesse fraudis aut cum dicitur „Inter bonos bene agier" quicquam agi dolose aut malitiose potest? (ſ. Beil. XXI A. 211); vgl. N. D. III, 30, 74.

Und Gleiches ergiebt ſich hieraus

3. bezüglich der vis, angewendet zu entſprechender Beeinfluſſung der Willensbeſtimmung des Mitintereſſenten, da ſolche in gleicher Maaße mit dem Geſetze der boni mores in Widerſpruch trat (§ 37 a. E.).

4. Sodann die Relevanz des Gegenanſpruches des Schuldners wegen der innerhalb des Rechtsverhältniſſes und insbeſondere auf die res debita im Intereſſe des Gläubigers aufgewendeten, nothwendigen Impenſen iſt wiederum ohne Weiteres bedingt durch das Weſen der aequitas ſelbſt: durch das Erforderniß einer allſeitigen Berückſichtigung der collidirenden Vermögensintereſſen und der entſprechenden Gleichſtellung der beiden Parteien. Indem daher ſolche Gegenforderung des Beklagten in Abrechnung von der Hauptforderung des Klägers gebracht wird, ſo verſieht denn nun das arbitrium hierin die Function einer Bereicherungsklage, wenn auch, in Ermangelung der a. contraria, lediglich in einer durchaus defenſiven Richtung.[1276] Und dem entſprechend gewinnt endlich

---

1275) Wegen der a. tutelae vgl. Beil. XX A. 27; dann z. B. Pap. 20 Quaest. (D. XXVI, 9, 3), Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 5); doch griffen hier concurrirend die a. de rationibus distrahendis und suspecti tutoris ein: A. 1271. — Wegen der a. rei uxoriae vgl. z. B. Pomp. 14 ad Sab. (D. XXIII, 3, 6. § 2), Ulp. 34 ad Sab. (D. XXIII, 3, 16), 35 ad Ed. (D. XXVI, 7, 7. pr.).

1276) Vgl. A. 1267. Insbeſondere wegen a. fiduciae vgl. Cic. p. Caec.

5. auch wieder Relevanz der Anſpruch des Gläubigers auf denjenigen Gewinn, welcher nach Begründung des Schuldverhältniſſes von dem Schuldner vermittelſt der res debita gemacht worden iſt, ohne daß demſelben auf Grund der geſetzlichen Ordnung des Rechtsverhältniſſes ſolcher Gewinn gebührte, daher derſelbe wiederum in correſpondirender Maaße den Rechtsanſpruch des Gläubigers vergrößert.[1277])

Hierin allenthalben aber prägt ſich, was insbeſondere die Function des arbitrium als Schädenklage anbetrifft, die in § 80 dargelegte Methode der aequitas aus, daß die Vermögensſchädigung in Contracts- und Quaſicontracts-Verhältniſſen als einfache Widerrechtlichkeit aufgefaßt und behandelt und insbeſondere auch auf den ſubjectiven Thatbeſtand einer Verſchuldung geſtellt wird, demnach aber eine rein reiperſecutoriſche Verpflichtung zum Schadenerſatze begründet, die nun von der That-

---

3. 7: fiduciae ratio; Top. 17, 66. Gai. IV, 62. 63. Paul. sent. rec. II, 13; 7 und dazu A. 1095. Wegen der a. rei uxoriae: A. 1267, ſowie Cic. Top. 17, 66. Pap. 32 Quaest. (D. XXIII, 2, 61); Ulp. 36 ad Sab. (D. XXV, 1, 1. § 2 fr. 5. pr. — § 2); Marc. 3 Reg. (D. XXXIII, 4, 5); J. Just. IV, 6, 37. vgl. Voigt, lex Maenia A. 88. Wegen a. tutelae: Gai. IV, 62. 63. Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 5, 1. § 4. 8. fr. 3. § 8). Wegen communio incidens: Lab. bei Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 3, 4. § 3); Nerv. bei Ulp. 19 ad Ed. (D. eod. fr. 6. § 3); Jul. 2 ad Urs. Fer. (D. X, 2, 52. § 2); Gai IV, 62 (?). 63; Scaev. 1 Resp. (D. X, 2, 39. pr., wo exc. doli im civilrechtlichen Sinne gebraucht iſt); Ulp. 30 ad Sab (D. X, 3, 3. pr.); Paul. 3 ad Plaut. (D. eod fr. 14. § 1), 23 ad Ed. (D X, 1, 4. § 1); Diocl. im C. Just. III, 37, 4. J. Just. IV, 6, 28.

1277) Wegen a. fiduciae vgl. Cic. pr. Caec. 3, 7 in A. 1276. Paul. sent. rec. II, 13, 1: debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem; Alex. im C. Just. IV, 24, 3 in A. 1273. — Wegen der a. rei uxoriae: Jul. 18 Dig. (D. XXIII, 3, 47), 1 ad Urs. Fer. (D. XXIX, 2, 45. § 1) und bei Tryph. 11 Disp. (D XXIII, 3, 78. § 4); Scaev. 2 Resp. (D. XXIV, 3, 50); Pap. 4 Resp. (D. XXIII, 3, 69. § 9); Ulp. 31. 34 ad Sab. (D. XXIV, 3, 7. § 12. XXIII, 3, 10. § 1. 2. fr. 16); Paul. 6 ad Sab. (D. XXIII, 3, 4); Marc. 3 Reg. (D. XXIII, 3, 52). — Wegen der communio incidens: Lab. bei Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 3, 4. § 3); Sabin. bei Paul. 9 ad Plaut. (D. XLV, 3, 32), Sabin. und Atilicin. bei Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 3. 6. § 4), Jul. bei Paul. 6 ad Sab. (D. X, 2, 44. § 3); Pomp. 21 ad Sab. (D. X, 2, 47); Gai. 7 ad Ed. prov. (D. X, 2, 19. X, 3, 11); Ulp. 30 ad Sab. (D. X, 3, 3. pr.), 19. 32 ad Ed. (D. X, 3, 6. pr. § 2. fr. 23), Paul. 22. 23 ad Ed. (D. IX, 4, 19. pr. X, 1, 4. § 1. X, 2, 56), 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 14). Diocl im C Just. III, 37, 4. J. Just. III, 27, 3. 4.

ſache der in concreto wirklich erlittenen Schädigung abhängig iſt, wie nach deren Betrage ſich bemißt, wobei im Uebrigen das pretium rei den Maaßſtab und das Judicat den Zeitpunkt für Bemeſſung des Schadenerſatzes ergiebt, dieſer ſelbſt daher als quanto minoris res est ſich beziffert (vgl. § 124).

Im Einzelnen iſt jedoch die Verwendbarkeit des arbitrium für jene mannichfachen Nebenfunctionen wiederum eine ſehr verſchiedene, bedingt hierin durch die Verſchiedenheit ebenſo der practiſchen Tendenz, wie des juriſtiſchen Naturelles ſolcher Klagen. Und zwar zerfallen dieſelben in letzterer Beziehung je nach ihrem Entſtehungsgrunde in vier verſchiedene Gruppen: die a. fiduciae, als Klage aus einer lex contractus, welche, der mancipatio oder in iure cessio inſerirt, auf Grund ihrer fidei clausula (A. 1265) die bezügliche Klage zum arbitrium geſtaltet;[1277a]) ſodann Klagen aus Quaſicontracten, nämlich theils a. litis aestimandae des in der leg. a. sacram. wegen einer res non fungibilis verurtheilten Beklagten (A. 1153. 1173), theils a. membri aestimandi bei a. membri rupti,[1278]) theils a. confessoria aus der confessio in iure oder dem pro confesso esse, dafern ſolches bei leg. a. sacr. oder cond. trit. wegen anderer Leiſtung als baar Geld eintrat,[1279]) theils wiederum die a. tutelae und familiae hercisc. der XII Tafeln und die a. rei uxoriae und communi divid. der Interpretatio; ferner Klagen aus Quaſidelicten: a. fid. regund.,[1280]) aquae pluviae arc.,[1281]) ſowie wegen damnum in-

---

1277a) Beil. XX § III. In Bezug auf die von mir dort der demonstratio jener Klage inſerirte Clauſel: dolo malo fecisti dolove malo tuo factum est, ut is homo mihi non restituatur bemerkt Rudorff in Zeitſchr. f. R. G. XI, 86. A. 53, aus ſeinem Edict § 222, 9. 224. 228 hätte ich erſehen können, daß dieſe Noten zu den Interdicten gehören. Allein ich bedaure, erklären zu müſſen, daß ich ſolches auch jetzt noch nicht erſehen kann.

1278) Sext. Caec. bei Gell. XX, 1, 37 fg.

1279) Sicher iſt bei leg. a. sacr. diesfalls ebenſo die leg. a. per manum., wie die Beſtellung des sacram unmöglich, ſo daß zur Vermittelung der erſteren die dritte leg. a. eintreten mußte. Alles Weitere muß für andere Gelegenheit vorbehalten bleiben. Im Uebrigen vgl. Keller, Civ. Pr. A. 727.

1280) Die a. fin. reg. der XII Taf. iſt eine Klage rein prohibitoriſcher Tendenz, berufen zur Geltendmachung gewiſſer Eigenthumsbeſchränkungen hinſichtlich der Benutzung von ager und confinium, welche dem Feldbeſitzer

fectum[1282]) der XII Tafeln; und endlich ſingulärer Weiſe die a. doli mali legis Plaetoriae als Klage aus Delict.[1283])

Und wie bereits dieſe verſchiedene juriſtiſche Weſenheit der arbitria eine verſchiedene Stellung der aequitas denſelben gegenüber bedingt, ſo wird dieſer letztere Moment auch noch geſteigert durch die verſchiedene practiſche Tendenz jener Klagen. Denn ſo beſchränken einerſeits die XII Tafeln bei dem arbitrium litis aestimandae das Officium des arbiter ſtrict auf die Aufgabe, nach boni viri arbitrium die Würderung einer litigiöſen res ſammt fructus abzugeben, ſo daß hier der Richter lediglich officieller Taxator iſt, ohne daß demſelben irgend welches

---

zu Gunſten ſeines Feldnachbars auferlegt waren und welche in Einhaltung eines gewiſſen Abſtandes mit Pflanz-, Bau- und Erdanlagen von der Feldgränze beſtanden: Voigt in Ber. d. ſächſ. Geſch. d. Wiſſ. phil. hiſt. Cl. 1873. 66 fg. Demnach iſt der Grund ſolcher Klage nicht ein Quaſicontract, als vielmehr ein Quaſidelict.

1281) Cic. Top. 9, 39. 10, 43. Boëth. in Top. p. 341. Alfen. 4 Dig. (D. XXXIX, 3, 24. pr. — § 2); vgl. Paul. 16 ad Sab. (D. XXXIX, 3, 23. § 2).

1282) Gai. IV, 31. Dieſe Klage und die a. aquae pluv. arc. ſind zwei Species Eines Genus von Quaſidelict. Daß dieſe Klage nicht, wie mehrfach vermuthet, in Form der pignoris capio gekleidet geweſen, ergiebt ſich mit Sicherheit unter Anderem theils aus Gai. Inst, wonach die ſolenne pign. capio bereits aufgehoben iſt (IV, 26: per pignoris capionem lege agebatur), die leg. a. wegen damnum infectum aber noch in Beſtand iſt (IV, 31: permissum est lege agere damni infecti), theils auch aus Sen. de Ben. VI, 9, 2; quosdam, ne ad ruinam domus suae occurrerent, inimicus vadimonio tenuit: denn bei der pign. capio giebt es kein vadimonium; vgl. auch Burckhard in Glück, Pand. Buch 39 Tit. 2. S. 77 fg. Daß aber jene Klage weder in Form der leg. a. sacr., noch per condict. gekleidet war, ergiebt Gai. l. c., der von der erſteren ſie ausſchließt, während die letztere längſt vor Gai. aufgehoben war (§ 106).

1283) Vgl. A. 1409. 1441. Daß dieſe Klage anomaler Weiſe den arbitria überwieſen war, bezeugt Cic. de Off. III, 15, 61. Wenn daneben Cic. N. D. III, 30, 74 ſagt: iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria, ſo iſt daraus weder zu folgern, daß ſolche Klage in Form der accusatio publica gekleidet war, wie Schilling, Inſt. § 129 will, geſchweige denn, daß es eine eigene Art von iudicia publica rei privatae gegeben habe, wie Dirkſen, Beitr. 195 A. 13 a will, da dem Allem Cic. de Off. cit., wie lex Jul. mun. c. 8 widerſprechen; vielmehr iſt das „publicum“ Cicero's dahin zu erklären, daß, gleichwie bei a. sepulcri violati, hinter der a. privata ſubſidiär eine a. popularis ſtand.

juriſtiſch-meritoriſche Urtheil bezüglich einer ſtreitigen Rechtsfrage obläge. Daher entfallen bei dieſem arbitrium alle Fragen über Zufall oder Verſchuldung bezüglich der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, wie über dolus malus (Argliſt) oder vis, während wiederum, was jene fructus oder den Nutzungsgewinn von der res debita betrifft, der Richter ſtrict angewieſen iſt, ohne alle Ausnahme, wie aber auch einzig und allein die von der praedum datio ab erwachſenen fructus zu taxiren, demnach alſo für die aequitas auch nicht einmal die Frage wegen der impensae necessariae einen Spielraum ergiebt.[1284])

Andererſeits wiederum die a. fiduciae, indem ſie ſich richtet theils auf Remancipation der res fiduciae data, theils auf Reſtitution der omnis causa, ſomit auf Rechnungsablegung wegen der von jener res percipirten Früchte ſammt ſonſtigen Nutzungen, eröffnet damit der aequitas und dem arbitrium iudicis den freieſten Spielraum bezüglich der ſämmtlichen, im Obigen feſtgeſtellten Momente: bezüglich des Zufalles oder der Verſchuldung bei Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, wie bezüglich Argliſt oder vis, und bezüglich des von dem Debitor aus der res fiduciae accepta gezogenen Nutzens, wie bezüglich der von demſelben auf ſolche res verwendeten impensae necessariae.

Indem ſo daher a priori die ausgedehnteſte Freiheit dem richterlichen arbitrium zuſteht: ebenſo an und für ſich, wie namentlich in Folge der eigenartigen Beſchaffenheit des Geſetzes der aequitas (§ 100); ſo führte nun ſolche weit gehende Unbeſchränktheit des richterlichen Officium zu dem eigenthümlichen Auswege, demſelben eine innere Schranke zu ſetzen durch Beifügung eines Formeltheiles, den wir in Beil. XX § III als quasi taxatio bezeichneten, und deſſen eigentlichſte Beſtimmung es iſt, dem Richter bei Handhabung der Poſtulate der aequitas eine

---

1284) Vgl. § 96. Daraus folgt fernerweit, daß hier der Richter keine condemnatio, ſondern nur eine pronuntiatio: quanti ea res sit ausſprach; daß ſodann hier die intentio der Klage ausnahmeweiſe formuliren konnte auf tibi a me dari; ſowie daß endlich hier der als quasi taxatio ſich characteriſirende Formeltheil, weil überflüſſig, wohl hinwegfiel.

beſtimmte Directive zu geben und ein deutlichſt markirtes Ziel zu zeigen, nach welchem ſein Entſcheid ſich zu beſtimmen hatte. Denn ſo begegnen wir ſolcher quasi taxatio bei der a. tutelae in der Clauſel: utine propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim, bei der a. fiduciae in der Clauſel: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, während wiederum zweifelsohne zur a. leg. Plaetoriae gehört die Clauſel: utine dolo malo tuo captus fraudatusque sim.[1285]) Und ſolche quasi taxatio haben wir denn auch für alle arbitria zu ſtatuiren, mit Ausnahme derer, wo ſie, wegen der äußeren Beſchränkung des richterlichen arbitrium, an und für ſich ſchon völlig entbehrlich war, nämlich bei den arbitria aestimandi und zwar membri, wie litis, und ſo wohl auch bei a. confessoria, ſodann aber auch mit Ausnahme der a. rei uxoriae, wo ſie, an ſich zwar gerechtfertigt, doch von

---

1285) Das capi ſchließt aus die captio d. h. die Ausbeutung der verbi ratio zu Ungunſten des Betreffenden: A. 392; das fraudari oder die fraudatio aber ſchließt aus die Benachtheiligung des Betreffenden: Voigt, Bedeutungswechſel 110 fg. Solche fraudatio wird bei a. fiduciae bezüglich beider Parteien, bei a. tutelae und leg. Plaetoriae bezüglich des Beklagten allein verpönt. Jene Clauſel des arbitr. legis Plaetoriae ward ſpäter in die bon. fid. a. de peculio und a. de in rem verso aufgenommen und vermittelte hier eine beſondere Verwendung ſolcher Klage: A. 1410. Auf ſolche Provenienz aber weiſt hin Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIV, 5, 1): omnia proconsul agit, ut, qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, — in quantum ex bono et aequo res patitur, suum consequatur: sive enim iussu eius, cuius in potestate sit, negotium gestum fuerit, — sive — in rem eius versum fuerit — sive de peculio etc. und dann auch wieder Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 7. § 1): proinde si (sc. minor XXV annis) emit aliquid, si vendidit — — et captus est, ei succurretur. — An die den Klagauſſpruch ſubſtantiirende Formel ſchließt ſich dann, parallel der provocatio sacramento und sponsione, die provocatio ad iudicem an, welche verſchieden förmelte, ſo: tantum familiae herciscundae cieo: Prob. Lit. sing. p. 276 no. 61. Not. Einsiedl. p. 319. no. 8. Cic. de Orat. I, 56, 237. Paul. Diac. p. 82 u. a. m.; oder: tantum finibus regundis clarigo: Prob. cit. no. 62. Not. Einsiedl. p. 319 no. 21, ſowie bezüglich clarigo Quint. J. O. VII, 3, 13, wo clarigatio in Vertretung des fehlenden ciitio verwendet wird, und ſodann deſſen Anwendung im Fetialrechte; oder tantum communi dividundo provoco: Marcell. bei Ulp. 38 ad Ed. (D. XIII, 1, 12. § 1). Die iudicis postulatio trat natürlich erſt nach der infitiatio des Beklagten ein. Auf dieſen Gang des Proceſſes ſpielt auch an Ter. Ad. V, 4, 24 fg.: quando hoc. provocat, ego quoque — — postulo.

der Rechtsbildung weggelaſſen wurde nach dem Präjudize der bereits conſtruirten intentio auf quidquid parret ob eam rem Num. Negidium Aulo Ag. dare facere oportere ex fide bona (§ 107).

§ 103.

Fortſetzung.

2. Die iurgia und die condictio triticaria gegenüber dem Principe der arbiträren richterlichen Cognition.

Während auf der Unterordnung des Rechtsverhältniſſes unter die aequitas im älteſten Sinne, als dem Träger des Principes einer Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung, die Weſeneigenthümlichkeit und rechtliche Eigenartigkeit des arbitrium und deſſen Gegenſatz zu den lites, iudicia und condictiones beruht, ſo unterfallen wiederum dem Principe der arbiträren richterlichen Cognition theils die iurgia, ſomit die arbitria, wie iudicia der leg. a. per iud. post., theils die condictio triticaria.

Und zwar zunächſt bei den arbitria liegt ſolches ohne Weiteres in der durch die intentio der Klage dem Richter geſtellten Aufgabe, über den öconomiſchen Gehalt von Befugniß und Verbindlichkeit der Parteien nach Maaßgabe der aequitas zu entſcheiden, und ſo nun ein meritoriſches Urtheil über ein richterlicher Seits erſt zu fixirendes Quale und Quantum abzugeben (§ 102).

Dagegen bei den iudicia der leg. a. per iud. post., denen die Delicte und Quaſidelicte gemeinhin unterfallen,[1286] iſt ſolche Subſumtion unter das Princip der arbiträren richterlichen Cognition bedingt durch die Modalität der legislativen Beſtimmung der als Strafe angedrohten Präſtation. Denn wenn allerdings auch mehrfach als ſolche Strafe eine abſolut fixirte Geldſumme gegeben war, wie bei a. de arboribus succisis und den Klagen

---

1286) Ausnahmen bilden nach den XII Taf. die a. aquae pluv. arc., die Klage wegen damnum infectum und die a. fin. reg. (A. 1280 fg.), weil hierbei allenthalben eine Fachkenntniß des Richters erfordert iſt, ſowie die a. furti manifesti und lance licioque concepti; ſpäter dann die a. leg. Plaetoriae, leg. Aquiliae, wie verſchiedene Klagen der leg. a. per man. ini.

wegen os fractum, wie iniuria,[1287]) ſo iſt doch bei der Mehrzahl ſolcher Klagen die Strafe in anderer Weiſe beſtimmt. Und zwar iſt meiſtentheils eine nach einem relativen Maaßſtabe fixirte Geldleiſtung als Strafe geſetzt, ſei es nun, daß dieſelbe nach einem beſtimmten Procentſatze des pretium rei fixirt iſt, wie bei der Mehrzahl der Diebſtahls- und bei der Wucherklage (A. 880), ſei es daß dieſelbe als pretium rei ſchlechthin oder quanti ea res est ausgeworfen iſt, wie ſolches z. B. bei der a. de pauperie mit ihrem noxiam sarcire der Fall iſt; und ſodann iſt auch wiederum eine Präſtation ganz anderer Beſchaffenheit als Strafe auferlegt, wie z. B. bei der a. de pauperie mit ihrem noxae dedere oder bei der a. membri rupti mit ihrer Talion.[1288]) Indem daher in allen dieſen Beziehungen die richterliche Entſcheidung über das nackte Schuldig oder Unſchuldig, ſomit das Urtheil: utrius res, causa iusta, utrius iniusta sit völlig unzureichend und materiell lückenhaft geweſen wäre, ſo waren vielmehr die iudicia durchaus auf eine meritoriſche Entſcheidung des Richters über Quale und Quantum der in concreto zuzuerkennenden Straf-Leiſtung angelegt. Und auf ſolchen Tenor des Judicates ſpitzt denn nun auch die intentio der iudicia zu, ſo z. B. der a. ope, consilio furti facti auf:

Ope, consilio tuo furtum aio[1289]) mihi factum esse paterae aureae (oder dergl.: demonstr.), quam ob rem te mihi pro fure damnum decidere oportere (intentio);[1290])

1287) A. 813. — Gell. XX, 1, 12. Gai. III, 223. Paul. de Ini. (Coll. II, 5, 5).

1288) Gell. XX, 1, 14. Gai. III, 223.

1289) Characteriſtiſch iſt, daß bei leg. a. sacr. in rem, wie in personam die intentio, bei iudicium der leg. a. per iud. post. aber die demonstratio auf aio geſtellt und letzterenfalls die intentio gleich als Folgerung an die demonstratio durch „quam ob rem" angeknüpft iſt.

1290) S. A. 769. Voigt, Bedeutungswechſel 149. Etwas anders, weil den Quellen nicht genau angepaßt, Keller, Civ. Pr. A. 220. Derſelbe überweiſt dieſe intentio der leg. a. sacramento in personam, allein ohne Begründung; es ergiebt jedoch, von anderen Gegengründen hier ganz abgeſehen, die Uebereinſtimmung vom Bau der obigen Formel mit dem der a. de pauperie deren Nichtzugehörigkeit zu jener leg. a.; denn daß dieſe letztere Klage ſchlechterdings nicht dieſer leg. a. angehören kann, ergiebt deren alternatives Petitum. — An die intentio ſchließt ſich hier ebenfalls die provocatio ad iudicem an: A. 1285.

oder der a. de pauperie auf:

Ab ariete tuo arietem meum aio occisum esse (oder dergl.: demonstr.), quam ob rem te mihi aut noxiam sarcire aut arietem, quo de agitur, noxae dedere oportere (intentio).[1291])

Nicht minder unterfallen endlich auch die condictio triticaria der lex Calpurnia und die entsprechende a. leg. Aquiliae dem Principe der arbiträren richterlichen Cognition, obwohl hier dieses Verhältniß in ganz eigenthümlicher Weise seine processualische Ausprägung erfährt. Und zwar was zunächst diesen letzteren Moment anbetrifft, so steht derselbe in unmittelbarer Abhängigkeit von der Form der leg. a. selbst der lex Calpurnia, hinsichtlich deren nun Keller, Civ. Pr. § 18 zunächst die Zulässigkeit der Annahme einer sponsio poenalis verwirft, und gewiß mit Recht, da bei anderem Objecte, als baar Geld, eine sponsio tertiae partis Seitens der Parteien an sich gar nicht anwendbar ist.[1292]) Wenn dagegen derselbe auch die Annahme einer sponsio mere praeiudicialis verwirft aus dem Grunde, „weil sonst dieselbe nicht so gänzlich aus der Uebung, wie selbst aus dem Andenken entschwunden sein würde," so steht dem entgegen, daß

a. die sponsio mere praeiudicialis vielmehr noch lange Zeit hindurch in Uebung geblieben ist, indem dieselbe in der That für den Formularproceß von der lex Aebutia beibehalten worden ist;

b. daß aber innerhalb des Formularprocesses auch wiederum ein der römischen Rechtsentwickelung ganz allgemeines Gesetz sich manifestirt, daß nämlich die von Alters überlieferte solenne Form der Rechtsacte allmählich außer Anwendung gesetzt (§ 55), somit

---

1291) Qu. Muc. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 1, 1. § 11): cum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit, — — competeret actio „Quam ob rem eum sibi aut noxiam (Hal.; Flor.: noxam) sarcire aut noxa[e] (Hal.: noxam; Flor.: in noxam) dedere oportere". Wegen noxiam sarcire (Schaden ersetzen) s. Voigt, a. O. 132.

1292) Denn die sponsio tertiae partis war in der leg. a. ebenso, wie im Formularprocesse Sache der Parteien selbst, nicht aber wie im Interdictenprocesse (A. 858) auf eine Aestimation des ius dicens gestellt.

aber, in Bezug auf jene Sponſion, deren Anwendung mehr und mehr verringert wird; [1293]) ſodann

c. daß wiederum in dem Formularproceſſe keineswegs ein frühzeitiges Verſchwinden, als vielmehr ein verhältnißmäßig langer hiſtoriſcher Beſtand der sponsio praeiud. ſich bekundet und uns befremden könnte, da ja dieſelbe in Wahrheit eine leere Form iſt ohne irgend welchen realen Gehalt oder ſelbſteigenen rechtlichen Effect, und da andrerſeits bereits ſehr frühzeitig in dem Formularproceſſe: im Proceſſe nämlich des ius gentium die unmittelbare d. h. nicht durch Sponſion vermittelte formula aufkam, ſo daß in der That doch die Veranlaſſung ſehr nahe lag, weit früher, als beſchehen, jene ganz bedeutungsloſe Form auch für die bezüglichen Proceſſe des ius civile außer Anwendung zu ſetzen;

d. daß dagegen die Affirmative in der eigenen Annahme Kellers, es ſei die sponsio praeiud. eine Beſonderheit und ein Product des Formularprozeſſes, das unlösbare Räthſel aufgiebt, welch ſeltſamer Einfall denn wohl die Römer jener Zeiten beſtimmt haben ſollte, eine ſo leere und nichtsbedeutende Form zu ſchaffen, da doch dieſelben, wie bemerkt, in dem Prozeſſe des ius gentium bereits die unmittelbare formula als zuläſſig anerkannt und adoptirt hatten (§ 106), während wiederum für die älteren Zeiten jene Sponſion ebenſo ihre Parallele findet in der venditio nummo uno u. dergl. (§ 8), wie aber auch mit deren leitenden Anſchauungen und Ordnungen im Allgemeinen auf das Vollkommenſte harmonirt (§ 31. 32); und endlich

e. wenn der Prozeß der lex Silia und Calpurnia als zwei Unterarten gemeinſam der leg. a. per condictionem als der Gattung ſich ſubſumirten, ja ſogar von Gai. IV, 18—20 dieſe leg. a. als eine einige Individualität behandelt und als eine einige actio, legis actio bezeichnet wird (A. 1294), ſo muß doch

---

1293) Vgl. Keller, Civ. Pr. § 29. Denn ſo wird das per sponsionem gere durch die formula petitoria verdrängt; ſo wird bei Cic. p. Quinct. ie a. praeiudicialis in eine sponsio praeiud. gekleidet, wofür ſpäter eine unmittelbare formula ertheilt wird (Keller, a. O. A. 434), und ſo verliert ich die certi condictio de eo quod certo loco die sponsio poenalis: § 119. - Die große Verbreitung der sposiones in früherer Zeit vertritt auch unze, Inſt. I § 20 1 fg. II, 202, obwohl in ganz anderer Richtung.

in der That eine Verwandtſchaft in der die leg. a. bildenden Solennität beſtanden haben. Und wenn daher beim Prozeſſe der lex Silia als Legisactions-Solennität die sponsio poenalis gegeben war (A. 1205), ſo bleibt doch in Wahrheit gar keine andere Möglichkeit, als daß die entſprechende und verwandte Solennität des Prozeſſes der lex Calpurnia in der sponsio mere praeiudicialis beſtanden habe.

Sind wir daher nach Alle dem in der That berechtigt, der leg. a. legis Calpurniae als Legisactionsſolennität die sponsio mere praeiudicialis beizumeſſen,[1294] ſo ergiebt ſich nun hieraus bezüglich des Richterurtheiles die weitere Conſequenz, daß, gleichwie bei der certi condictio die Condemnation auf die Straffumme der tertia pars allein ſich richtete (A. 1206), ſo nun bei der cond. triticaria das Richterurtheil auf den nummus unus allein lautete (A. 1312), obwohl, beim Wegfall der restipulatio, lediglich in der Form der Condemnation oder der Abſolution des Beklagten. Dem meritoriſchen Elemente des Rechtsſtreites aber ward wiederum Rechnung getragen dadurch, daß dann, wenn der Beklagte durch ſolches präjudiziale Urtheil condemnirt war, auf Antrag Klägers ein iudicium secutorium[1295] ertheilt ward, durch wel-

---

1294) Krüger, proc. Conſ. 12 fg. ſtatuirt ein Verfahren, bei welchem eine Solennität der Partei-Action ganz fehlt, ſomit eine Legisaction ohne jedwedes lege agere; dagegen nach Karlowa, Civ. Pr. 233 ſoll die Legisactionsſolennität in der condictio beſtanden haben, welche gelautet hätte: si negas, in diem trigesimum ut ad iudicem capiendum adsis tibi condico. Dies aber iſt quellenwidrig: denn Gai. hat, wie er IV, 18—20 ausdrücklich beſagt („haec quidem actio; haec autem legis actio; haec actio") die legis actio in der Lücke vor § 18 beſchrieben; folglich kann in der condictio, welche er in § 18 beſchreibt, die Legisactionsſolennität nicht belegen geweſen ſein. Im Uebrigen kann die leg. a. nicht einſeitig ſein, ſondern ſie iſt dreiſeitig: es agiren Kläger, Beklagter und ius dicens, apud quem legis actio est; und endlich iſt jene Formel ein Phantaſiegebild und zugleich quellenwidrig, da Theoph. Par. IV, 6, 15 aus Gai. dieſelbe mittheilt und auf die Conception hinweiſt: Venito *illa die*, ut ad iudicem capiendum adsis: Thl. II A. 178.

1295) Judicium secutorium, nicht aber arbitrium litis aestimandae: ſomit lediglich ein zweites Urtheil in einem ſpäteren Termine, nicht aber ein zweiter und neuer Prozeß; ſomit ferner dem iudex von ius dicens aufgegeben in dem nämlichen Termin, in welchem derſelben für das erſte und

ches nun in zweiter Folge die durch die erſte Condemnation feſtgeſtellte Verbindlichkeit des Beklagten auch noch in ihrem öconomiſchen Gehalte äſtimirt: nach Quale und Quantum richterlicher Seits feſtgeſtellt wurde. Denn dieſem secutorium iudicium begegnen wir in der That in dem lat. Sponſionsprozeſſe über incerta stipulatio,[1296]) ſomit in dem Vorbilde der leg. a. legis Calpurniae (§ 98), wie nicht minder in dem Interdictenprozeſſe,[1297]) der ſelbſt aus Elementen der leg. a. legis Siliae und Calpurniae, wie der leg. a. sacram und per iud. post. moſaikartig combinirt iſt; ja begegnen wir auch noch in der iudicatio der a. arbitraria, welche als ſolches iudicium secutorium zur pronuntiatio de restituendo ſich verhält (§ 130), wie wir denn endlich ein ſolches auch bei der sponsio praeiudicialis des Formularprozeſſes über andere als Präjudizialfragen anzunehmen genöthigt ſind.[1298])

In ſolcher Ordnung der richterlichen Entſcheidung aber ſind auf das Sinnreichſte Methode des rigor und der aequitas mit einander combinirt: die Methode des rigor, dem die cond. triticaria in civilrechtlicher Beziehung unterfällt (§ 98), iſt gewahrt darin, daß dem Richter in dem gleichen Maaße, wie bei den lites und der certi condictio, eine rein präjudiziale Entſcheidung über das Recht- oder Unrechthaben aufgegeben iſt; die Unterordnung jener Klage unter das Princip der arbiträren richterlichen Cognition der aequitas aber iſt vermittelt dadurch, daß auf jenes

---

präjudiziale Urtheil beſtellt ward, nicht aber vermittelt durch anderweite proceſſualiſche Weitläufigkeiten; ſomit endlich, gleich dem iudicium recuperatorium bei vadimonium recuperatoribus supposits factum (Gai. IV, 185) abhängig nur von dem Antrage des Klägers, nicht aber von der Action des Beklagten.

1296) Serv. Sulp. de Dot. bei Gell. IV, 4, 2: si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat (sc. iudex) quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari eum qui spoponderat qui[ve] stipulatus erat, condemnabat.

1297) Gai. IV, 165. 166ª. 167. 169.

1298) Nicht, wie Keller, Civ. Pr. § 27 meint, ein arbitrium litis aestim.: vgl. dagegen Denſ. a. O. bei A. 335. Eine Ausnahme ergab indeß das in rem agere per sponsionem, wo an Stelle des iudicium secutorium die a. ex stipulatu pro praede lit. vindic. oder die leg. a. per. man. ini. tritt, letzteren Falles aber wiederum der Beklagte ein arbitr. lit. aestim. hat, beſtimmt hierin durch das Vorbild der leg. a. sacram: § 106.

BIBLIOTHECA BODLEIANA

prozeſſualiſch principale Urtheil noch ein zweites Urtheil nachfolgt, in welchem, ähnlich wie bei dem arbitrium, dem Richter eine arbiträre Cognition über das Quale und Quantum der Schuldverbindlichkeit eingeräumt iſt, die nun zugleich auch die Unterlage ergab für die etwa Platz greifende poena dupli der a. leg. Aquiliae.

Immerhin aber hat, wie in § 100 dargelegt, der gegenwärtige Zeitraum auf jene Empfänglichkeit einer actio für arbiträre richterliche Cognition noch nicht die Qualification einer Klage als Organ der aequitas geſtützt; vielmehr ergiebt jene Empfänglichkeit lediglich theils ein characteriſtiſches Unterſcheidungsmerkmal der triticaria von der certi condictio, theils das weſentliche Gattungsmerkmal der iurgia: denn iurgium iſt diejenige Klage des älteſten Rechtes, welche empfänglich iſt für eine arbiträre richterliche Cognition und die nun zur organiſchen Vermittelung von ſolcher in die Form der leg. a. per iud. post. gekleidet iſt.[1299])

1299) Karlowa, a. O. 1—5 entwickelt eine ganz neue Theorie des Gegenſatzes von lis und iurgium, deren Ausführung die Aufgabe jenes ſeines Werkes iſt und welche ſelbſt auf drei Fundamentalſätzen beruht: 1. die auf die Erſcheinungsformen des Rechtes geſtützte Claſſification deſſelben in Geſetzes-, Gewohnheitsrecht und Recht der Wiſſenſchaft iſt nicht erſchöpfend: es giebt daneben noch eine vierte Unterart: „ein Recht, welches nicht in feſter, geſetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Satzung ausgeprägt iſt, doch aber ſich im Volke erzeugt und lebt“ (S. 4). Indem daher mit dieſer Theſe der Verfaſſer ebenſo unſerer, wie der claſſiſchen Wiſſenſchaft entgegentritt, welche beide von jener vierten Rechtsart abſolut Nichts wiſſen, ſo iſt die zwiefache Anforderung gewiß nicht unberechtigt, daß ebenſo jene vierte Rechtsart ihrer Weſeneigenthümlichkeit nach klar und deutlich beſtimmt, als auch deren Exiſtenz wiſſenſchaftlich begründet und nachgewieſen werde. Allein der Verfaſſer ſieht von Beiden ab; denn wenn in erſterer Beziehung die Beſtimmung gegeben wird, daß „ſolches Recht im Volke ſich erzeugt und lebt“, ſo iſt dies, nach Savigny's Auffaſſung, ein dem Recht im Allgemeinen, mindeſtens aber dem Gewohnheitsrechte in prärogativer Maaße zukommendes logiſches Merkmal; und wenn der Verfaſſer dann das weitere Merkmal beifügt: „Recht, welches nicht in feſter, geſetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Satzung ausgeprägt iſt“, ſo iſt dieſe weitere Beſtimmung ebenſo logiſch ungenügend: weil ſie rein negativ iſt, noch ſachlich befriedigend: weil auch das Gewohnheitsrecht, wie Recht der Wiſſenſchaft Normen umfaßt, welche jeweilig nicht in feſter Satzung ausgeprägt, ſondern noch im Fluſſe oder in Controverſe begriffen ſind. Wenn ſo daher die logiſche Artbeſtim-

§ 104.

Die hiſtoriſchen Grundlagen der Stellung von rigor und aequitas gegenüber dem Lebensverkehre.

Die Stellung des rigor einerſeits, als des Normatives der Rechtsverhältniſſe, und andererſeits der aequitas, als des

---

mung der neuen Rechtsart von dem Verfaſſer gar nicht gegeben iſt, ſo fehlt nun auch deren Begründung und Nachweis völlig; der Verfaſſer begnügt ſich, S. 4 in ganzen 3 Zeilen dem Leſer Kenntniß zu geben von ſeiner neuen Entdeckung, die, wenn wahr, doch namentlich in dogmatiſcher Beziehung von allergrößter Tragweite ſein würde. 2. Das Geſetzesrecht unterfällt den Begriffen lex und ius, wie lis, die neue Rechtsart unterfällt den Begriffen ius und iurgium, während bezüglich des Gewohnheitsrechtes die entſprechende Terminologie nicht angegeben wird. Allein ſolcher Gegenſatz von lis und iurgium wird nicht nur nicht bewieſen, ſondern geradezu von den Quellen widerlegt: denn allenthalben, wo iurgium, iurgare von juriſtiſchen Streitverhältniſſen gebraucht wird, iſt die Unterlage derſelben durchaus nicht ein „Recht, welches nicht in feſter, geſetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Satzung ausgeprägt iſt, doch aber ſich im Volke erzeugt und lebt", als vielmehr im Gegentheil das Geſetzesrecht der XII Taf., ſo namentlich bezüglich der a. fin. regund.: Beil. XX § I und dazu noch Hor. Ep. II, 1, 38. Und dann wieder wenn ius ebenſo das Geſetzesrecht, wie die neue entdeckte Rechtsart bezeichnet, ſo kann doch ius nicht den Gegenſatz beider bezeichnen, während wiederum aus der Thatſache allein, daß lex das Geſetzesrecht im Beſonderen bezeichnet, für des Verfaſſers Theſe nichts ſich ergiebt. Daß endlich da, wo lex und ius neben einander ſtehen, lex das Geſetzesrecht, ius die neue Rechtsart bezeichne, iſt ein Irrthum, den die Quellen genugſam widerlegen: dieſelben bekunden „ius, lex" als einen unſerem „Recht und Geſetz" entſprechenden Pleonasmus, ſo z. B. lex col. Juliae Genet. c. 124: itque eum — iure, lege rectoque facere liceto; Cat. bei Fest. v. struere p. 313: iure, lege — communiter uti oportet; Fest. v. viae p. 78. 85 Momms.: privatae (sc. viae) VIII pedes in latitudine iure et lege [habent]; Cic. p. Rosc. Am. 49, 143: more, lege, iure gentium; in Verr. II, I, 42, 107: iure, legibus testamentum fecerat; 44, 113: bona patria iure, legibus tradita; Arc. et. Hon. im C. Th. III, 12, 3: iuris ac legum arbitrium; Valent et Mart. in Nov. Mart. I, 1, 5: iuris et legum contemptus; Cons. Vet. JCti 6: iuris legumque auctoritas; de iure et legibus suffragari u. a. m. 3. Das Geſetzesrecht unterfällt der legisactio, die neu entdeckte Unterart unterfällt der iurisdictio, wohin das Gewohnheitsrecht falle, wird nicht geſagt. Allein nach der älteren ſtaatsrechtlichen Terminologie umfaßt vielmehr die iuris dictio die legis actio: das „agere cum privato" als ihren integrirenden Beſtandtheil, ſo daß beide Begriffe durchaus nicht coordinirt, als vielmehr

Regulators des dem Gebiete der mores allein anheimfallenden Lebensverkehres, ist innerhalb der Sphäre der hier maaßgebenden Principien nicht allein parallel, sondern conform, ja connex jener Stellung, welche innerhalb der Principien des ersten Buches rigor und aequitas dem Lebensverkehre gegenüber einnehmen. Und wie dort einerseits das ius und andererseits diejenige specielle Beziehung der boni mores, welche als das Gesetz der fides abgegränzt wird, innerhalb jener verschiedenen Lebens- und Verkehrsgebiete die bezüglichen Verhältnisse nach ihrer Existenz: in dem Momente ihrer Begründung, wie Aufhebung regeln, so normiren hinsichtlich des Principes einer Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung einerseits das ius und andererseits diejenige specielle Beziehung der boni mores, welche als das Gesetz der aequitas im Sinne des gegenwärtigen Zeitraumes sich abgränzt, die jenen verschiedenen Verkehrsgebieten anheimfallenden Verhältnisse nach ihrem öconomischen Gehalte: nach dem Quale und Quantum der in ihnen enthaltenen Befugnisse und Verbindlichkeiten, woneben zugleich mit dem ius die gebundene richterliche Cognition, mit der aequitas aber die arbiträre Beurtheilung der Verhältnisse Hand in Hand geht. Die historischen Grundlagen daher, welche in § 43 für die Stellung des ius als des Gesetzes für die Rechtsverhältnisse und der fides als des Gesetzes für die einfachen Lebensverhältnisse dargelegt worden sind, ergeben zugleich die historische Erklärung, wie Begründung der entsprechenden Stellung von ius und aequitas innerhalb der Sphäre der hier maaßgebenden beiden Principien.

Und anderentheils wiederum, wenn das ius innerhalb gewisser Gränzen der aequitas sich erschließt, so sind es Utilitätsrücksichten dringendster Natur, welche solche Abweichung von der regulären Ordnung der Dinge erheischten. Denn, was die arbiträre richter-

subordinirt sind. — Im Uebrigen unterläßt es der Verfasser, die Consequenzen seiner Theorie, woraus deren Unhaltbarkeit evident wird, selbst zu entwickeln: denn da z. B. nach S. 1 A. 1 bei der Arrogation die patria potestas ebenso nach Gesetzesrecht, wie nach der neu entdeckten Rechtsart begründet wird, so ist nun der Rechtsstreit über die letztere ebenso lis: filii familias vindicatio, als auch iurgium, somit eine zweite Klage, über welche der Verfasser irgend welchen Aufschluß nicht giebt. — Nichts hierher Gehöriges bietet Baron in Festschr. für A. W. Heffter 29 fg.

liche Cognition betrifft, so schließt bei den den iurgia, wie der cond. triticaria unterfallenden Rechtsverhältnissen der dabei obwaltende Sachverhalt und das maaßgebende Bedürfniß der Parteien die Anwendung der Maxime des rigor aus, den Richter bei seinem Urtheile auf einen Wahrspruch rein präjudizialen Characters über das nackte Schuldig oder Nichtschuldig zu beschränken, indem vielmehr das Interesse der Parteien selbst eine meritorische Entscheidung über das Quale und Quantum der Schuldverbindlichkeit unabweisbar erheischt. Was dagegen das Princip der Repression einer ungerechtfertigten Vermögensschädigung, somit die aequitas im Sinne dieser Zeit betrifft, so liegt wiederum die Veranlassung, dieser die Normirung des ökonomischen Gehaltes der Rechtsverhältnisse bei den arbitria zu gestatten, in mannichfachen practischen Rücksichten, vornämlich aber in der realen Zweiseitigkeit der bei den letzteren engagirten Interessen (bei A. 1269), wodurch bedingt wird, daß bei Beurtheilung jener Rechtsverhältnisse nicht einseitig das Interesse des Klägers, sondern auch das des Beklagten in Betracht gezogen, beide gegen einander abgewogen und so einem jeden von beiden ein bestimmender Einfluß auf die von dem Richter zu gebende Feststellung des Schuldbetrages eingeräumt wurde.

An und für sich aber ist es ein scharf contrastirender Gegensatz, der zwischen dem ius und den boni mores oder der aequitas ebenso in deren Satzungen, wie aber auch in den leitenden Gesichtspunkten obwaltet und sich ausprägt, und der, wenn auch in Verbindung stehend mit der contrastirenden Stellung, welche von Alters her ius und boni mores zu einander einnehmen (§ 43), wie anderntheils sein Seitenstück findend in dem in § 44 dargelegten ganz gleichartigen Contraste, doch die Frage anregt, wie es kam, daß das ius, als das Product des Volksgeistes, doch so ganz abweichende und eigenartige Gesichtspunkte und Ordnungen adoptirte, als solche von der Volksanschauung selbst ganz unmittelbar getragen und als Gesetz der boni mores und aequitas aufrecht erhalten wurden. Dieser Gegensatz findet jedoch theils in § 105, theils in folgenden Momenten seine historische Erklärung:

Zunächst weist, wie in § 43 dargelegt, die älteste römische Volksanschauung dem Rechte im Allgemeinen eine nur subsidiäre Stellung und Function dem Lebensverkehr gegenüber an. Und

wie dort ſolcher Geſichtspunkt in der Auffaſſung ſich geltend machte, daß in erſter Linie das Geſetz der boni mores den Lebensverkehr zu regeln berufen ſei, das Recht aber in ſolche Verhältniſſe nur dann und inſoweit einzugreifen habe, als die Intereſſenten ſelbſt, der Macht jenes erſteren Geſetzes mißtrauend, das ius zu ihrem Schutze herbeizogen, ſo nun führt nach der hier maaßgebenden Richtung hin jener leitende Grundgedanke zu der Anſchauung, daß das ius lediglich den Beruf habe, da allein und nur inſoweit in den Lebensverkehr einzugreifen, als dieſer einer Rechtsordnung unabweisbar zum Schutze ſeiner Intereſſen bedürfe. Und ſolches Bedürfniß nun des Lebensverkehres ward bezüglich der hier maaßgebenden vermögensſchädigenden Vorkommniſſe von den früheſten Zeiten um deßwillen nicht anerkannt, weil durch diligentia die Schädigung recht wohl ſich abwenden ließ, dieſe diligentia ſelbſt aber wieder in weiteſtgehender Maaße als ein Pflichtgebot für den paterfamilias angeſehen und gewürdigt wurde [1300]), ſomit alſo bei pflichtgemäßem Verhalten des Betheiligten die Veranlaſſung für das Recht zum Eingreifen durch Aufſtellung von bezüglichen Normativbeſtimmungen überhaupt entfiel, die pflichtwidrige Nachläſſigkeit aber wiederum dem Rechte keine Veranlaſſung bot, Normen aufzuſtellen, welche, jene Pflichtwidrigkeit ſchützend und gewiſſermaaßen legaliſirend, derſelben unterſtützend zu Hülfe kamen. Denn insbeſondere iſt es ein Gebot der diligentia, dem Verzuge in Erfüllung obliegender Verbindlichkeit Seitens des Verpflichteten ohne Verzug entgegenzutreten durch Anrufung der geordneten Hülfe des Staates, ſomit durch Anſtellung der Klage. Der hiermit eröffnete Civilproceß ſelbſt aber iſt wiederum in älteſter Zeit darauf angelegt, den raſcheſten und prompteſten Gang der Rechtspflege zu ſichern und in kürzeſter Friſt den Rechtsſtreit bis zur

---

1300) Proc. bei Paul. 40 ad Ed. (D. XXXVIII, 1, 20. § 1); Marcell. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 11. § 5); Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6. 18. pr.); Pomp. 5 ex Plaut. (D. VII, 1, 65. pr.); Ulp. 30 ad Ed. (D. XIII, 7, 22. § 1); Paul. sent. rec. I, 13 b, 9. not. ad Lab. 2 Pith. (D. XIX, 1, 54 pr.); 23. 29 ad Ed. (D. X, 2, 25. § 16. XIII, 7, 14); Ven. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 2); J. Just. III, 24, 5. Col. R. R. I, 1, 3. Bei den nicht juriſtiſchen Schriftſtellern überwiegt diligens homo, und ſo nun auch Alf. 2 Dig. (D. XVIII, 6, 11): diligentia, quam debent homines frugi et diligentes.

Execution zu führen, ſo daß auch hierdurch nur eine kurze Verzögerung bedingt und damit die Gefahr einer Schädigung für den Berechtigten ſehr bedeutend gemindert war. Insbeſondere aber bei der dinglichen Klage war die rechthabende Partei gegen Schaden geſchützt theils durch den Beſitz des Streitobjectes während des Proceſſes, den ja der auf ſein gutes Recht vertrauende Beklagte ſtets ſich verſchaffen konnte, theils auch durch die dupli poena, welche der Sieger empfängt, dafern der im Proceſſe unterliegende Gegner die vindiciae muthwillig übernommen hatte.

Und nicht minder iſt es ein Gebot der diligentia, für diejenigen Vorkommniſſe und Verhältniſſe vorzuſehen, aus denen eine Vermögensſchädigung des Intereſſenten zu befürchten ſtand, und ſo namentlich auch für die manichfachen Fälle einer Einwirkung von Zufall oder Verſchuldung, des Verzuges ferner oder des Aufwandes für das Schuldobject oder des aus demſelben zu ziehenden Gewinnes durch bezügliche Vertragsbeſtimmungen Vorſorge zu tragen.

Und ebenſo iſt es auch wiederum Sache des diligens paterfamilias, wie reſp. des vir fortis, wider eigenen Irrthum oder wider Argliſt oder wider Zwang Seitens des Mitpaciſcenten ſich vorzuſehen oder auch einen Aufwand auf das Schuldobject zu vermeiden, welchen zu erſetzen für den Mitintereſſenten eine Verpflichtung nicht vorlag (§ 97).

Und endlich wiederum, wo alle diligentia nicht ausreichte, da traf die Schädigung gleich als ein Unglücksfall, und war als ſolcher von demjenigen zu tragen, den er traf, ähnlich, wie in ſo manchen verwandten Fällen, wie z. B. da, wo durch ein formales Verſehen im Proceſſe (A. 1190 fg.) oder in Folge mangelhafter Verlautbarung des Rechtsactes (§ 2) ein Vermögensverluſt innerhalb der Rechtsſphäre ſelbſt herbeigeführt ward.

Zweitens ſodann iſt jene negative Haltung des rigor gegenüber den Poſtulaten der aequitas conform mit den in § 5 entwickelten Sätzen: zunächſt daß das ſolenne Wort das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes iſt und ſomit Vorkommniſſe und Verhältniſſe, welche den ſolennen Worten widerſtreiten juriſtiſch nicht in Betracht kommen, demnach aber das, was durch ſolchen Act übernommen ward, auf das Genaueſte und ſo zu leiſten

iſt, wie es dem Wortlaute des Vertrages gemäß übernommen war; und ſodann daß wiederum das ſolenne Wort allein das rechtsverbindliche Element des Rechtsactes iſt und ſomit Alles, was über jenes hinausliegt, juriſtiſch gar nicht in Betracht kömmt, demnach aber das nicht zu leiſten iſt, was nach dem Wortlaute des Vertrages nicht übernommen war. Denn wie hier die verbi ratio allein die vertragsmäßige Verbindlichkeit nach deren Exiſtenz: Begründung, wie Aufhebung beſtimmt, ſo nun ſtellt in Bezug auf den öconomiſchen Gehalt: auf Quale und Quantum der Verbindlichkeit der rigor die correſpondirenden Sätze auf: daß das ſolenne Wort es iſt, welches jenen Gehalt des Rechtsgeſchäftes beſtimmt, unberückſichtigt, ob aus ſolchem Worte dem Paciscenten ein Schaden oder ein Nutzen erwächſt, und daß andrerſeits das ſolenne Wort allein ſolchen Gehalt des Rechtsgeſchäftes beſtimmt, ohne daß die lex publica in ſolches einzugreifen berufen wäre (§ 97). Der Rechtsact iſt mit Einem Worte ein in ſich ſelbſt abgeſchloſſenes Ganze, bei deſſen Beurtheilung daher auf die außerhalb deſſelben ſtehenden Thatmomente nicht zurückgegriffen wird, weder auf die vorgängigen Momente, wie z. B. auf vitiöſe causa, noch auf die concurrirenden Momente, wie z. B. auf error, dolus malus oder vis, noch auf die nachfolgenden Momente, wie auf Mora oder Vereitelung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, auf Impenſen oder Zwiſchengewinn.

Und endlich drittens die Behandlung des ſchädigenden Thatbeſtandes Seitens des rigor als Proceßdelict, die Methode ſomit, in Contracts-, Quaſicontracts- und dinglichen Rechts-Verhältniſſen an Stelle des Schadenerſatzes einen Procentſatz vom pretium rei litigiosae als ipso iure eintretende Strafe mit Schaden vergütender Function zu ſetzen und mit dem objectiven Thatbeſtande gewiſſer ungerechtfertigter Anwendung von Rechtsmitteln zu verknüpfen, damit aber den Richter ebenſowohl von der Cognition über den ſubjectiven Thatbeſtand einer Verſchuldung des Schädigers, wie über den wirklichen Eintritt einer Schädigung, als auch von der ziffermäßigen Eruirung des erlittenen Schadens, wie der Schaden-Erſatzſumme zu entbinden (§ 77); dieſe Methode iſt wiederum ganz unmittelbar beſtimmt von der altnationalen Auffaſſung des officium iudicis überhaupt: denn lediglich die Cognition über die Frage des Recht- oder Unrechthabens, ſomit die

nackte Subſumtion des Rechtsfalles unter das Geſetz iſt die Aufgabe des iudex, die ſomit ſich richtet auf ein directum, asperum, simplex, während alles Weitere nach der Anſchauung jener Zeiten über das officium iudicis hinausgreift und vielmehr dem officium arbitri unterfällt, ſomit aber dem officium iudicis nur ausnahmeweiſe: inſoweit die Beſchaffenheit des Rechtsverhältniſſes ſolches unabweisbar erfordert, überwieſen werden konnte.

Endlich die Thatſache, daß der gegenwärtige Zeitraum und zwar das ius, wie die aequitas als Maaßſtab der Schätzung des Schadens, wie der Berechnung des Schadenerſatzes lediglich das pretium rei oder das quanto minoris oder quanti res est, ſomit den Marktpreis des beſchädigten Objectes, nicht aber die utilitas oder das quanti interest, ſomit das Intereſſe des geſchädigten Subjectes anerkennen, bekundet eine bemerkenswerthe nationalöconomiſche Auffaſſung der altrömiſchen Volksanſchauung. Denn während an und für ſich jedes Vermögensſtück eine zwiefältige, ſeine Werthverhältniſſe beſtimmende Stellung einnimmt: einerſeits als ein iſolirtes Ganze für ſich, als welches es in dem Geſchäftsverkehre circulirt und einen beſtimmten Marktpreis, ſomit eine durchaus objective und generelle Werthbeſtimmung gewinnt, und andrerſeits als Beſtandtheil eines gegebenen Vermögensganzen, als Zubehör und Theil der bona ſeines Beſitzers, als welcher ſein Werth beſtimmt wird durch die individuellen Bedürfniſſe des Letzteren, wie durch ſeine mannichfachen Functionen innerhalb der allgemeinen Aufgaben, welche dem Vermögen in ſeiner Totalität von dem Beſitzer geſtellt werden, ſo daß inſofern alſo ſolcher Werth etwas durchaus ſubjectives und individuelles iſt (§ 71); ſo wird nun von der älteſten römiſchen Volksanſchauung das Vermögensobject immer nur in jener ſeiner erſten Stellung: als ein für ſich abgeſchloſſenes, ſelbſtſtändiges Ganze in das Auge gefaßt und ſomit der Maaßſtab ſeiner Werthbeſtimmung immer nur in dem pretium rei, nicht aber in der utilitas des Berechtigten gefunden; oder, mit anderen Worten, die nationalöconomiſche Auffaſſung des Vermögensſtückes Seitens der alten Römer reſultirt, daß man eine Schädigung nur an der verletzten Sache ſelbſt, nicht aber an dem Vermögen im Ganzen anerkennt und würdigt, und ſo nun dem Schaden nirgends eine Tragweite beimißt, welche über die Individualitätsſphäre des

geſchädigten Objectes hinausgreift.[1301]) Und gerade dieſe Auffaſſung entſpricht wiederum auf das Vollkommenſte den Tendenzen des Rechtes, wie den leitenden Anſchauungen jener Zeiten. Denn der damit gegebene Maaßſtab der Bemeſſung des Vermögensſchadens iſt vor Allem ein höchſt einfacher, wie in ſeiner Anwendung durchaus zuverläſſiger und ſicherer: theils iſt ſeine Unterlage, gegeben in Angebot und Nachfrage, eine rein objective und ſomit feſte, theils iſt ſeine Anwendung eine leichte und einfache, da der Marktpreis notoriſch iſt, theils endlich iſt ſeine Handhabung die kürzeſte und unmittelbarſte, da das quanti res est nicht einmal das Product eines Rechenexempels, vielmehr unmittelbar in der aestimatio pretii gegeben (§ 74) und lediglich beim quanto minoris res est die Differenz zwiſchen dem pretium rei vor und nach Eintritt des ſchädigenden Vorganges durch Berechnung zu eruiren iſt (vgl. § 144). Und dann wiederum ſchützt zugleich jener Maaßſtab den Debitor vor einer unverhältnißmäßig hohen und a priori unberechenbaren Erſatzſumme, die aus der Berechnung des Schadenerſatzes nach dem Maaßſtabe der utilitas ſich ergeben kann. Und dieſe Momente nun überwogen zugleich den practiſchen Nachtheil jenes Maaßſtabes, daß derſelbe den Intereſſen des Betroffenen nicht voll Rechnung trägt, dafern der von demſelben erlittene Schaden über die Individualitätsſphäre des lädirten Objectes hinausgreift (§ 72), während wiederum die Unanwendbarkeit jenes Maaßſtabes auf Fälle, wo entweder eine nur in höchſt vereinzelten Exemplaren vorhandene res oder aber Güter in Frage ſtehen, die gar nicht Vermögensobjecte ſind, wie Freiheit und Integrität von Geiſt, Körper oder gutem Namen in erſterer Beziehung von practiſch untergeordneter Bedeutung iſt, in letzterer Beziehung aber dadurch beſeitigt war, daß entweder auch für ſolche Güter das primitive Volksleben einen Schätzungswerth fixirt, ſo in Bezug auf die Injurie, wie das membrum ruptum, oder aber daß dieſelben ſchlechthin für inäſtimabel erklärt werden (A. 796 fg.).

1301) A. 779. Die andere nationalöconomiſche Auffaſſung gelangt erſt zu Ausgang des nächſten Zeitraumes zur Geltung: § 124.

§ 105.

Der practische Werth je der Principien von rigor und aequitas.

Die Methode des rigor gegenüber den Principien einer Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung, wie der arbiträren richterlichen Cognition: dort die Rechtsverhältnisse nach dem Systeme der temeritas litigii zu regeln, hier den Richter auf den nackten Wahrspruch über das Schuldig oder Nichtschuldig der Parteien zu beschränken, indem dieselbe in schroffen Contraste steht ebenso zu den von der Volksanschauung getragenen Postulaten des gegenwärtigen Zeitraumes, wie aber auch zu den in der Kaiserzeit dominirenden Ordnungen, findet ihre historische Erklärung zwar bereits in den in § 104 dargelegten höheren, systematischen und theoretischen Beziehungen, andrerseits aber auch wiederum in gewissen Momenten practischer Nützlichkeit, welche jener Methode eigenthümlich sind und derselben allein im Gegensatze zur aequitas zukommen. Stellen wir daher von diesem Gesichtspunkte aus rigor und aequitas vergleichend gegenüber, so beruht vor Allem der practische Werth des rigor darauf, daß er zunächst den Rechtsverkehr darauf hinweist, selbst durch vertragsmäßige Vereinbarungen die in Frage stehenden Beziehungen und Vorkommnisse von Schädigung und Bereicherung in Contractsverhältnissen zu regeln, und damit nun den Standpunkt einnimmt und zur Geltung bringt, daß jene Verhältnisse am Geeignetsten nicht nach generellen und abstracten, als vielmehr nach dispositiven und concreten Normen zu ordnen seien. Gerade dies aber ist eine Maxime von practischem Werthe, insofern die Vielfältigkeit der in Betracht kommenden Verkehrsverhältnisse, wie die dadurch bedingte Verschiedenheit der Interessen und Bedürfnisse der Verkehrenden selbst schlechterdings nicht auf *einfache* und übersichtliche Weise und durch einige wenige abstracte Rechtssätze sich regeln läßt.

In Folge dessen entfällt sodann für die Legislation die Nothwendigkeit, allgemeine Normativbestimmungen über die fraglichen Thatbestände aufzustellen und die anderenfalls zu deren Ordnung erforderlichen zahlreichen und complicirten Detailbestimmungen zu geben. Und hiermit gelangt daher eine

Anforderung an die XII Tafeln in Wegfall, welche zu erfüllen dieſelben ſchlechterdings nicht vermocht hätten, da jenem Zeitalter die Fertigkeit für Löſung derartiger legislatoriſcher Aufgaben völlig gebrach, andrerſeits aber die XII Tafeln doch wieder die Aufgabe zu erfüllen hatten, eine umfaſſende Codification des gültigen und in Uebung beſtehenden Privatrechtes: des ius im Gegenſatze zur actio zu geben.

Endlich indem der rigor das ſchädigende Verhalten in Contracts- und gewiſſen Quaſicontracts-, wie dinglichen Rechtsverhältniſſen, abgeſehen von der a. auctoritatis, durchaus nur nach dem Geſichtspunkte des Civilproceßdelictes: der temeritas litigü behandelt und für relevant erklärt; indem ſomit derſelbe den Schadenerſatz zur poena qualificirt und in ſolcher vollſtändig aufgehen läßt, dieſe poena ſelbſt aber an einen rein objectiven Thatbeſtand anknüpft und zugleich nach abſtracten Maaßſtabe: nach Procentſätzen des pretium rei fixirt; indem daher derſelbe die Verpflichtung zur Leiſtung eines Schadenerſatzes in jenen Verhältniſſen nur auf objective und ſomit deutlichſt erkennbare Momente: auf einen rein objectiven, im Civilproceſſe ſich verwirklichenden Thatbeſtand ſtützt, und zugleich unabhängig ſtellt ebenſo von der Thatfrage des wirklichen Eintrittes einer concreten Vermögensſchädigung, als auch von der ziffermäßigen Berechnung des concreten Betrages ſolcher Schädigung; ſo wird nun damit im Allgemeinen innerhalb des geſammten obbezeichneten Gebietes der Vermögensſchädigung der höchſt mögliche Grad objectiver Gewißheit bei Beurtheilung der einſchlagenden Fragen gewonnen, im Beſonderen aber ebenſowohl der Kläger von dem in concreto höchſt mißlichen Beweiſe des Eintrittes, wie der Höhe der erlittenen Schädigung befreit, indem vielmehr die Bezugnahme auf die liquide Begehung des Proceßdelictes genügt, als auch dem Richter die heikele Cognition über jene Fragen erſpart, indem vielmehr die Eruirung des pretium rei ausreichte. Und hierin wiederum lag ein eminenter Gewinn bei einem Gerichtsverfahren, welches für die Parteien ſo äußerſt intricat und gefährlich war, und welches wiederum die Entſcheidung der Proceſſe in die Hand von Männern legte, von denen eine berufsmäßig juriſtiſche Ausbildung gar nicht erfordert ward. Dagegen ließen andrerſeits wiederum die bezüglichen Fragen, inſoweit darüber vertrags-

mäßige Dispositionen vorlagen, auf solcher concreten Basis leicht und sicher sich beurtheilen (vgl. § 144).

Auf der anderen Seite stehen allerdings dieser Methode des rigor, den Ersatz der in jenen Rechtsverhältnissen erlittenen Schädigung in die poena temeritatis überzuleiten, die Bedenken gegenüber, theils daß diesfalls zahlreiche Vorkommnisse wirklich erlittener Schädigung gesetzlich ohne Ausgleich verblieben, theils daß damit der Individualität der concreten Fälle nicht genügend Rechnung getragen ward insofern, als bei der Irrelevanz des subjectiven Thatbestandes Jemand auch ohne Verschuldung in die poena temeritatis verfallen und sodann wiederum das in der poena von 100 oder $33^1/_3$ % gesetzte Leistungsquantum in concreto ebenso dem Beklagten eine höhere Prästation auferlegen konnte, als die von demselben verursachte Schädigung betrug, wie auch etwa den Kläger benachtheiligte, insofern der von demselben erlittene Schaden in Wirklichkeit höher sich bezifferte. Allein diese Nachtheile reducirten sich auf das Unbeachtliche dadurch, daß a priori es Pflicht der diligentia war, in Vertragsverhältnissen durch Vereinbarungen die einschlagenden Verhältnisse selbst zu regeln; sodann die Mehrzahl der Quasicontracte den arbitria, somit der aequitas überwiesen war; ferner wiederum der Beklagte es gar nicht zum Processe kommen zu lassen brauchte; und dann endlich wieder der Kläger ohne irgend welche Gefährde eine in abstracto hoch gegriffene Ersatzsumme erlangte.

Dagegen wiederum die Methode der aequitas, die Vermögensschädigung in außerdelictischen Verhältnissen als einfache Widerrechtlichkeit zu behandeln und so nun die Verpflichtung zum Schadenersatz ebenso auf den objectiven Thatbestand einer iniquitas, als auf den subjectiven Thatbestand einer Verschuldung oder culpa, wie aber auch auf die Thatsache der wirklich verursachten Schädigung zu stützen, und endlich auf die Höhe des in concreto verursachten Schadens den Betrag der Ersatzleistung zu fixiren, hat allerdings den practischen Werth, der Individualität des concreten Falles in vollster Maaße Rechnung zu tragen, insofern theils dem Beklagten nur für den Fall seiner eigenen Verschuldung eine Ersatzleistung auferlegt wird, theils aber auch die Höhe dieser Ersatzleistung genau nach dem Betrage der verursachten Schädigung bemessen wird. Allein auf der anderen Seite stehen

dem wiederum als practiſche Nachtheile gegenüber, theils daß die Entſchädigung wegen des durch Jemanden erlittenen Schadens abhängig und bedingt iſt von einer dabei concurrirenden Verſchuldung deſſelben, ſomit aber der Geſchädigte nicht immer Erſatz für den vom Anderen ihm verurſachten Schaden empfängt, anderentheils aber auch jene Ordnung dem Kläger oder Richter den ſehr heikelen Beweis und dem Richter die ſo ſchwierige Cognition über die Thatſache an ſich, wie über die ziffermäßige Höhe der eingetretenen Schädigung auferlegt, Schwierigkeiten, über welche das an ſich bedenkliche Auskunftsmittel des iusiurandum in litem nur theilweiſe weghalf (§ 74 a. E.). Und endlich nöthigte die Methode der aequitas zu Aufſtellung einer größeren Anzahl von Detailbeſtimmungen, die in Folge deſſen der Ueberſicht und Beherrſchung des normativen Stoffes Schwierigkeiten bereiteten und ſo für den Lebensverkehr, wie für den Richter doch nicht recht handlich waren.[1302])

§ 106.

Die Uebergänge zur Reform des Rechtes.

Die proceſſualiſchen Reformen.

Die reiche, vielſeitige, hiſtoriſch ſo ſehr bedeutungsvolle Entwickelung des Rechtes zu neuen Geſtaltungen und neuen theoretiſchen Geſichtspunkten, welche mit dem Ausgange des gegenwärtigen Zeitraumes beginnt, bereits in dem nächſtfolgenden Abſchnitte die tiefgreifendſten Umgeſtaltungen im Rechte herbeiführt, und in der Kaiſerzeit ihre höchſte Entfaltung erreicht, findet ihren Ausgangs- und Stützpunkt in der dem gegenwärtigen Zeitraume angehörigen Reform des Civilproceſſes durch die lex Aebutia vom Jahre 513—517 (Beil. XXI A. 2).

Und zwar beſtand die wichtigſte Neuerung jener lex in der Umbildung der leg. a. per cond.: einerſeits in deren Aufhebung,

---

1302) Dies bewahrheitet ſich an der ſpäteren Rechtsbildung, ſo z. B. in deren Theorie, welcher Contrahent bezüglich der Solution für Dolus allein, welcher für Dolus und Culpa, welcher endlich für Dolus, Culpa und Caſus zu haften habe: § 86. 89; vgl. auch § 144.

wie andrerſeits in der Neuordnung, welche an die Stelle von jener trat. Beides aber vermittelte dieſe lex auf dem Wege, daß ſie innerhalb der Sphäre der bisherigen leg. a. per cond. an Stelle der durch die Parteien dem iudex ertheilten mündlichen Inſtruction: der causae coniectio eine durch den ius dicens demſelben ertheilte ſchriftliche Inſtruction: die formula ſetzte,[1303]) eine Proceßform, die von Vorn herein dem Recuperationsproceſſe eigen (Thl. II A. 190) und von hier aus bereits in den Interdictenproceß (Thl. II § 78) übergeleitet, dem Lebensverkehre ſchon bekannt und vertraut war.

Dagegen hob die lex Aebutia weder die Legisactionsſolennität an ſich der leg. a. per cond. auf, da vielmehr die sponsio poenalis, wie mere praeiudicialis auch nach derſelben für das neue Proceßverfahren in Beſtand verblieben, für dieſes nun das Merkmal des per concepta verba agere[1304]) ergebend, noch auch demgemäß die Form der richterlichen Condemnation auf die summa sponsionis und reſp. das iudicium secutorium (§ 98. 103); und ebenſowenig hob die lex Aebutia die leg. a. sacram.: in rem oder in personam,[1305]) die leg. a. per iud. postul.: arbitrium[1306]) oder

1303) Wegen der causae coniectio als einem characteriſtiſchen Stücke der leg. a. ſ. Keller, Civ. Pr. A. 200. Dagegen nach der ſchriftlichen formula, als dem characteriſtiſchen Stücke des neuen Proceßverfahrens, ward daſſelbe bezeichnet durch de scripto agere: Cic. p. Mur. 13, 28 oder per formulam agere, ſo Gai. IV, 30: per formulas litigare; Apul. Met. IX, 27: formula dimicare; Donat. praef. in Ter. Phorm.: formulam litis intendere; vgl. Paul. 1 Sent. (D. III, 5, 47. § 1). Dagegen gebraucht in einem engeren Sinne das per formulam agere Gai. IV, 141: modo per sponsionem, modo per formulam agitur.

1304) Gai. IV, 30: per concepta verba litigare, wo allerdings der Ausdruck von dem Formularproceſſe im Allgemeinen gebraucht iſt. Wegen verbis concipere ſ. A. 15.

1305) Die lex Aebutia beſeitigte den Einzelrichter bei der leg. a. sacr. in personam (Beil. XX A. 18), hob aber dieſelbe nicht auf; ſo daher findet ſich dieſelbe bei Plaut. Men. IV, 2, 26., wozu vgl. Karlowa, Civ. Pr. 53; dann als a. repetundarum der leges Junia und Calpurnia: vgl. C. J. L. I p. 55 und Addenda p. 555, ſowie Schirmer, prätor. Judizialſtip. 96. Voigt, Cond. ob caus. 236 fg.; endlich bei Cic. de Orat. I, 38, 173., der als Centumviralſachen aufführt: nexorum, mancipiorum iura, worunter auch das Damnationslegat fällt: A. 1169.

1306) Vgl. Beil. XX § III, IV; überdem wird daſſelbe bekundet für die a. fin. reg. durch Cic. de Leg. I, 21, 55 vgl. Voigt, in Ber. der ſächſ. Geſ.

iudicium,[1307]) noch auch die leg. a. per man. ini.[1308]) auf, gleichwie endlich dieſelbe auch den Recuperations- und den römiſchen Municipalproceß in Beſtand beließ.[1309])

Die principielle Bedeutung aber jener Reform der lex Aebutia beſtand darin, daß, indem der Richter ſeine Inſtruction nicht mehr durch die Parteien, als vielmehr durch den ius dicens empfing, einestheils dieſe Inſtruction zugleich die Vertretung der Legalität des in iure Verhandelten rückſichtlich der hierbei erforderlichen Solennitäten übernahm, ſomit alſo der iudex über jene Formalien nicht mehr zu cognosciren hatte, und anderntheils wiederum jene formula in der Weiſe eine ſtrict bindende Vorſchrift für den Richter und deſſen Urtheilsfällung in Abſolution, wie Condemnation darbot, daß die Abweichung von derſelben Seitens des Letzteren den Thatbeſtand des iudicem litem suam facere ergab.[1310])

In dieſem principiellen Momente der Neuordnung der lex Aebutia lag aber der Ausgangs- und Stützpunkt für die wichtigſten und weitgreifendſten Neugeſtaltungen im Rechte, und dies zwar inſofern, als der Prätor jene ihm verliehene Machtvollkommenheit, eine ſtrict bindende Inſtruction für die Urtheilsfällung dem iudex zu ertheilen, nach der Richtung hin benutzte, daß er

a. die Proceßſponſion auch über andere Thatbeſtände zuließ,

---

d. Wiſſ. phil. hiſt. Cl. 1873. S. 81 fg.; für die a. fam. hercisc. von Cic. de Orat. I, 56, 237 und Quint. J. O. VII, 3, 13; für die a. aquae pluv. arcend. von Cic. und Alfen. in A. 1281; für die Klage wegen damnum infectum (A. 1282) von Gai. IV, 31. Neu eingeführt wurden nach der lex Aebutia die arbitria rei uxoriae, legis Plaetoriae und communi dividundo.

1307) Daſſelbe wird bekundet bei a. de rationibus distrahendis von Cic. de Orat. I, 36, 166. 167, wozu vgl. Rein, Priv. Rt. 531 A. 1; de N. D. III, 30, 74 für die a. furti ope, consilio facti: A. 1290; und von Qu. Muc. Scaevola Pont. für die a. de pauperie: A. 1291.

1308) Es genügt, darauf zu verweiſen, daß dieſe leg. a. nach der lex Aebutia neu eingeführt ward durch die lex Furia de sponsu v. 536 (Beil. XIX A. 78), wie durch die lex Furia testamentaria v. 550—585 (A. 1820).

1309) Denn der Proceß mit peregrini, wie extra urbem ergiebt auch nach der lex Aebutia nicht iudicium legitimum.

1310) Gai. IV, 52.

als ſolche bisher in der leg. a. per cond. klagbar geweſen waren, und zwar ebenſo für die a. in personam: a. sponsae pecuniae und ex stipulatu, wie ex mutui datione, als auch für das in rem agere per sponsionem: bei Publiciana in rem und rescissoria;

b. die formula auf Grund von Proceßſponſionen ertheilte, welche nicht in der Form von dare spondesne? Dare spondeo, ſondern von Dabisne? Dabo vollzogen worden waren und damit nun den Sponſionsproceß in das ius gentium überleitete;

c. die unmittelbare d. h. nicht durch Sponſion vermittelte formula des Recuperationsproceſſes (Thl. II § 29) auch in Anwendung brachte bei Rechtsſtreitigkeiten des ius gentium: ebenſo mit oder zwiſchen peregrini, die nicht durch eine recuperatio geſchützt waren, als auch zwiſchen cives ſelbſt, ſo nun einen eigenen Proceß des ius gentium ſchaffend, der ſelbſt in ſeinen leitenden Grundſätzen zwar den allgemeinen Geſichtspunkten des Sponſionenproceſſes der lex Aebutia unterſtellt ward (Thl. II § 83), immerhin aber die bemerkenswerthe Eigenthümlichkeit an ſich trug, daß hier das Richterurtheil niemals in präjudicialer Form auftrat, ſondern ſtets ſofort eine meritoriſche Entſcheidung, und dies zwar ſei es in kategoriſcher, ſei es in hypothetiſcher Maaße auf baar Geld ertheilte: Delictsklagen aus damnum iniuria datum und furtum, wie a. ex emto vendito; theils aber auch ſolche formula beim Proceß des ius civile ſelbſt verwendete, ſo daß man hier nun die sponsio mere praeiudicialis, als eine leere und nichtsſagende, ſomit entbehrliche Form allmählich fallen ließ, ſo z. B. in der cond. tritic. aus einer stipulatio iuris civilis, ein Vorgang, der jedoch erſt dem nächſten Zeitraume anheimfällt;

d. in die formula neue Clauſeln einfügte, welche neue ſyſtematiſche Figuren ergaben und die an und für ſich entweder eine eigene civilrechtliche Ordnung vertraten, wie die exceptio: exc. rei venditae et traditae und iusti dominii, oder die dem nächſtfolgenden Zeitraume angehörige Reſtitutionsclauſel: bei a. redhibitoria, de dolo, quod metus causa, de eo quod certo loco, formula petitoria u. A. m., oder welche einen überwiegend rein proceſſualiſchen Werth hatten, wie die fictio: bei den Delictsklagen bezüglich der peregrini oder ſpäter bei Publiciana in rem, wie rescissoria.

Die Neubildungen ſelbſt nun, welche in den nächſten fünf

und dreißig Jahren nach Erlaß der lex Aebutia ſich vollziehen, enthalten zwar nur die erſten und keimartigen Anſätze, aus denen jene überraſchend reiche und ideenvolle Entwickelung der ſpäteren Jahrhunderte ſich entfaltete; allein ihre Vielſeitigkeit, wie Reichzähligkeit beweiſen, wie ſehr jene Reformen der lex Aebutia dem Bedürfniſſe ihrer Zeit entſprachen, wie treffend dieſelbe die Anforderungen ihrer Gegenwart befriedigte, wie dringend jenes Bedürfniß ſelbſt des Lebensverkehres geweſen war, wie ſchnell und vielſeitig endlich die durch jene lex gewährte freiere Bewegung genutzt ward. Im Einzelnen aber vollzieht ſich dieſer dem gegenwärtigen Zeitraume noch anheimfallende Entwickelungsproceß in folgenden Stadien:

514—518: exc. rei venditae et traditae: Beil. XXI § XI;

519: in rem agere per sponsionem: Beil. XXI § VIII;
Publiciana in rem: Beil. XXI § VIII, wie Publiciana rescissoria: § 107, beide von Born herein civil und in Form des agere per sponsionem gekleidet;
exceptio iusti dominii: Beil. XXI § VI; [1311])

524 oder kurz nachher: a. sponsae pecuniae: Beil. XIX § VII unter V A 1;

525—535: a. ex stipulatu aus principaler, wie acceſſoriſcher fidepromissio: Beil. XIX § VII unter V A 2;

in der nachfolgenden Zeit: Ueberleitung der a. furti und damni iniuria dati bezüglich der Peregrinen in das ius gentium durch unmittelbare formula mit Fiction der Civität: Thl. II § 82;
Stipulationsform auf Dabisne? Dabo, zunächſt nur für sponsio poenalis und mere praeiudicialis der Peregrinen: Beil. XIX § VII unter V B 2, ſomit Ueberleitung des Proceſſes der lex Aebutia in das ius gentium;
Ueberleitung der Publiciana in rem in der Form des agere per sponsionem, wie der exc. iusti dominii in das ius gentium;
Ueberleitung der a. ex stipulatu aus fidepromissio in das ius gentium und zwar vermittelſt einer unmittel-

---

1311) Die dort gegebene Conception dieſer exceptio iſt dahin zu verbeſſern: Si non ea res, qua de agitur, ex iure Quir. Num. Negidii sit.

baren Formel, die ihre intentio, wie condemnatio der a. leg. Aquiliae entlehnt, dort unter Beifügung von ex fide bona, hier unter Vertauſchung des quanti — — ea res fuerit, tantam pecuniam mit eius;

525—550: a. ex emto vendito, ſomit Contractsklage des ius gentium mit der unmittelbaren formula der a. ex stipulatu: Beil. XXI § XV;

525—554: certi, wie triticaria cond. ex mutui datione, als Contractsklage des ius gentium mit Sponſionsformel: Beil. XXI § XXIV.

In der Geſammtheit jener Neubildungen ergeben ſich aber zwei Gruppen: einestheils die dem Civilrechte, und anderntheils die dem Proceßrechte angehörigen. Von den erſteren gewinnen nun eine Bedeutung für die hier geſtellten Aufgaben zunächſt die exc. rei vend. et trad. und die Publiciana in rem, inſofern dieſelben die Vorläufer der a. ex emto vendito bilden: und in dieſer ihrer Stellung haben dieſelben ihre Beleuchtung bereits in Beil. XXI § IX fg. § III fg. gefunden; dann die a. ex emto vendito und die Klage aus der mutui datio, die jedoch, erſt am Schlußpunkte dieſes Zeitraumes auftretend, vielmehr der Geſchichte des nächſten Abſchnittes anheimfallen; und endlich die a. sponsae pecuniae, ex stipulatu, wie Publiciana rescissoria, auf welche in § 107 zurückzukommen iſt. Dagegen von den proceßrechtlichen Thatſachen iſt die fictio weder neu (Thl. II § 20), noch von Bedeutung für die hier maaßgebenden Aufgaben, wogegen das in rem agere per sponsionem und die exc. wiederum der Geſchichte der hier fraglichen beiden Principien angehören.

Was zunächſt nun das in rem agere per sponsionem betrifft, ſo ſteht dieſes ſtrict auf der Baſis des rigor und characteriſirt ſich ſomit als Neugeſtaltung innerhalb der Sphäre des letzteren: es iſt daſſelbe eine Parallelbildung der leg. a. sacr. in rem, bei welcher durchaus die leitenden Geſichtspunkte und die principielle Structur der letzteren feſtgehalten ſind, und die Klage in der gleichen Maaße und mit den gleichen Mitteln, wie dort, unter die Herrſchaft des rigor geſtellt wird. Denn indem an die Stelle des sacramentum und ſeiner zubehörigen Legisactionsformel hier die sponsio mere praeiudicialis:

Si homo oder dergleichen, quo de agitur, ex iur. Quir. meus est, sh. XXV nummos dare spondes?

tritt und zwar mit der gleichen Function, den Rechtsanſpruch in ſolennen Worten zu concipiren; indem ſodann dem entſprechend die formula auf die intentio und condemnatio der certi condictio ſich concipirt: si parret Num. Negidium Aul. Agerio sh. XXV nummos dare oportere, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio sh. XXV nummos condemnato, si non parret absolvito;[1312] ſo iſt nun auch hier der Richter auf ein Urtheil rein präjudicialer Formulirung verwieſen, dagegen demſelben jedwede meritoriſche Entſcheidung über das Quale und Quantum des Reſtitutions-Objectes entzogen, Alles dies entſprechend, wie bei der leg. a. sacr. (§ 96). Und gleichwie bei dieſer, ſo iſt nun auch beim agere per sponsionem die Erledigung dieſer öconomiſchen Nebenfragen in die vindiciarum dictio und datio verwieſen, nur daß hier an Stelle der praedum litis vindiciarum datio die stipulatio pro prade litis vindiciarum ſammt satisdatio durch adpromissores tritt,[1313] ſo daß daher hier der promissor, wie die Bürgen dem Mitcontrahenten gegenüber für den Fall der Nicht-Reſtitution von res ſammt fructus zur Zahlung des duplum ſich verpflichteten (A. 873), demgemäß daher die Stipulation lautete:

Si sponsione vicero,[1314] nisi et rem et fructus, quibus de agitur, restituas, in quantum e lege praes litis vindiciarum datus teneretur,[1315] tantam pecuniam dari

---

1312) Gai. IV, 93. vgl. Keller, Civ. Pr. A. 301.

1313) Cic. in Verr. II, I, 45, 115: pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret; Gai. IV, 91. 94. Paul. 1 Sent. (fr. Vat. 336), Val. Prob. de Not. § 5 no. 22; Pseudo-Asc. in Cic. cit. p. 191: qui eam (sc. rem, qua de agitur) tenet, dat pro praede litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat nihil se deterius in possessione facturum, de qua iurgium esset. Wegen des Falles, daß der Beklagte die satisdatio ablehnte: ſ. bei A. 943 fg.

1314) Die entſprechende Conception: si parret Aul. Agerium Num. Negidium sponsione vicisse iſt auch beim iudicium secutorium des Interdictenproceſſes zu ſtatuiren: Schmidt, Interd. Verf. 218. In der leg. a. sacr. (A. 1152) lautete die Stipulation: si secundum me iudicatum erit, entſprechend ſomit der stipulatio iudicatum solvi: A. 918.

1315) Vgl. Keller, a. O. bei A. 660. Vgl. auch die stipulatio iudicatum solvi bei A. 947 fg.

dolumque malum huic rei abesse abfuturumque esse spondes?

Und indem ſonach dieſe Stipulation die unbedingte Haftung für die Reſtitution auf den promissor in der gleichen Maaße übertrug, wie bei praedum datio, ſo prägt ſich nun in Alle dem gegenüber den hier fraglichen Principien durchaus die gleiche Ordnung aus, wie ſolche in § 96 bezüglich der leg. a. sacram. entwickelt iſt, und dies insbeſondere auch inſoweit, als dem Beklagten dann, wenn der Kläger ſtatt zur a. ex stipulatu pro praede litis vindiciarum zur leg. a. per man. ini. griff, ein arbitrium litis aestimandi zuſtand (A. 1298) mit dem gleichen pecuniären Ergebniſſe, wie jene a. ex stipulatu.

Daraus aber ergiebt ſich wiederum, daß das legislatoriſche Motiv für Schaffung des in rem agere per sponsionem nicht in der Tendenz gegeben iſt, der aequitas eine neue Anwendung im Civilproceſſe zu eröffnen, als vielmehr daß im Civilrechte die beſtimmenden Gründe dafür zu ſuchen ſind: es handelte ſich hierbei darum, für die durch die publicianiſchen Edicte im Jahre 519 neu proponirten actiones Publiciana in rem, wie rescissoria, für welche, weil honorariſch, die leg. a. sacram. unzugänglich war, eine geeignete Klagformel zu ſchaffen; und dies nun bewerkſtelligte Publicius ſelbſt in der Weiſe, daß er auf jene Klagen den Proceß der lex Aebutia in Anwendung brachte,[1316]) damit zugleich die poena temeritatis des sacramentum bei Rechtsverhältniſſen vermeidend, welche nicht auf der gleich objectiv ſicheren Baſis ruhten, wie dies bei den durch rei vindicatio geſchützten Rechtsverhältniſſen der Fall war.[1317])

Dahingegen die exceptio ſteht an und für ſich zwar den hier maaßgebenden Principien völlig neutral gegenüber, demgemäß daher dieſelbe auch Anſprüchen dient, welche in keinerlei Beziehung zu jenen Principien ſtehen, ſo als exc. legis Cinciae;

1316) Daß die Publiciana in rem von Vorn herein nicht durch formula petitoria, ſondern durch sponsio klagbar war, iſt nachgewieſen in Beil. XXI § VIII.

1317) Dagegen widerſtrebte dieſer Zeit die poena temeritatis an ſich durchaus nicht, wie daraus ſich ergiebt, daß dieſelbe noch in dem nächſten Zeitraume neue Anwendung fand: § 108.

allein in der That gestaltete sich dieselbe zu dem Mittel, die Repression der ungerechtfertigten Bereicherung in defensiver Richtung in der ausgiebigsten Maaße zur Geltung zu bringen, so als exc. leg. Plaetoriae und quod metus causa, vor Allem aber als exc. doli mali.

Im Uebrigen sind es namentlich noch zwei Rechtsordnungen, welche von der leg. a. per condictionem in den Proceß der lex Aebutia und weiterhin auch des ius gentium herübergenommen werden: theils das iusiurandum in iure delatum (A. 1229), theils die durch die Lit. Cont. vermittelte Novation, welche letztere, auf in ius conceptae actiones in personam mit iudicium legitimum übertragen, auf diesem Wege sogar auf die bon. fid. a. Anwendung erlangte (§ 114).

§ 107.

Fortsetzung.

Die a. ex stipulatu und Publiciana rescissoria.

Nach den Berichten der Quellen kamen in Veranlassung einer von Sp. Carvilius Ruga im Jahre 523 vollzogenen frivolen Ehescheidung alsbald die cautiones rei uxoriae in Aufnahme, Stipulationen somit, welche, mit einer doli clausula versehen (Beil. XIX § III unter 1), für den Scheidungsfall Dispositionen betreffs der Restitution der dos an die Ehefrau trafen und aus denen die a. sponsae pecuniae, ihrem Wesen nach eine a. ex stipulatu, gegeben ward (Beil. XIX § II unter 4a). Im Näheren aber wird berichtet, daß

a. die cautio rei uxoriae darauf sich concipirte: si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod aequius melius esset, apud virum remaneret, reliquum dotis restitueretur uxori (Beil. XX A. 38);

b. die aus solcher Stipulation in späterer Zeit ertheilte unmittelbare formula dahin sich concipirte: quidquid parret ob eam rem Num. Negidium Aul. Ageriae dare facere oportere ex fide bona, eius, iudex, Num. Negidium Aul. Ageriae condemnato, si non parret absolvito (Beil. XIX § IV unter b. § I unter 4);

c. auf Grund solcher formula der Richter außer der iudicatio

auch noch ermächtigt war zu einer pronuntiatio: quod melius aequius esset, ut apud virum maneret, id vir sibi retineret, quod vero non esset melius aequius apud virum manere, id uxor post divortium recipere (Beil. XX A. 38), ſomit alſo in der Form melius aequius esse mihi videtur (vgl. A. 1490), uti Num. Negidius — — retineat utique Aul. Ageria — — recipiat.

Und ſodann wurde in der Zeit von 525—535 aus der fidepromissio, ebenfalls einer Stipulation mit doli clausula,[1318] eine Klage gegeben, der ſpeciell von Vorn herein die Bezeichnung a. ex stipulatu zukam. Und dieſe Klage nun ward nach ihrer Ueberleitung in das ius gentium mit der unter b aufgeführten unmittelbaren formula bekleidet, ja es gelangte ſolche formula überhaupt an dieſer Klage zuerſt und ſomit auch früher zur Anwendung, als bei der a. sponsae pecuniae, da bei der letzteren doch wohl erſt ſpäter, als bei jener, die proceſſualiſche Sponſionsſolennität fallen gelaſſen wurde.[1319] Und in dem folgenden Zeitraume ward dann dieſe formula, wie jene Bezeichnung auf jede Stipulation mit doli clausula generaliſirend übertragen (Beil. XIX § IV).

Dieſes Verhältniß ſelbſt aber, daß jene formula ihre erſte und urſprüngliche Verwendung und ihre hiſtoriſche Entſtehung bei der fidepromissio findet, erklärt nun auch die ſo merkwürdige Conception der erſteren: denn indem jene Stipulation ſich förmelte auf: dare fide tua promittis? Dare fide mea promitto, ſo iſt es nun eine verbale Recapitulation des Stipulations-Inhaltes, die in der Conception jener formula auf quidquid parret ob eam rem — — dare facere oportere ex fide bona hervortritt, entſprechend hierin dem maaßgebenden Geſetze der verbi ratio des älteſten Rechtes (§ 4). Und dieſer Moment bietet denn auch den Beweisgrund dagegen, daß dieſe formula nicht von der a. sponsae pecuniae ihren Ausgang nimmt, da bei der cautio rei uxoriae,

---

1318) Beil. XIX § III unter 2. § V unter 2. § VII unter V A 2. Daß insbeſondere die lex Cincia von 550 die fidepromissores bereits vorfand, bezeugt Gai. III, 123.

1319) Inſofern iſt die Darſtellung in Beil. XIX § VII unter A zu modificiren, welche die Entſtehung der fraglichen formula an die a. sponsae pecuniae anknüpft.

ungefähr dahin ſich concipirend: deducto eo, quod melius aequius est, apud te remanere, reliquum dotis te mihi restituere spondes? dafern dieſe mit einer ſpeciell für ſie neugeſchaffenen unmittelbaren formula bekleidet worden wäre, die letztere, ähnlich der a. in aequum et bonum concepta, hätte lauten müſſen: quidquid parret ob eam rem — dare oder dare facere oportere, iudex, in quantum melius aequius tibi videbitur — — condemnato. Im Beſonderen aber liegt in der Clauſel ex fide bona zugleich die Ermächtigung für den Richter, bei ſeinem Urtheile neben dem ius zugleich als zweite maaßgebende Norm das Geſetz der fides bona in Anwendung zu bringen, eine ausdrückliche Ermächtigung, deren es nach der herrſchenden Anſchauung dieſer Zeiten nothwendig bedurfte (§ 102. 140).

Jene formula ſelbſt aber bietet eine höchſt bemerkenswerthe Eigenthümlichkeit darin, daß, während in der fidepromissio ſelbſt in altüberlieferter Wortconception der promissor nur die Erfüllung des durch die Vereinbarung ſubſtantiirten Quale und Quantum auf ſeine fides übernahm, jene formula die fides nicht dem entſprechend als den Regulator der Erfüllung an ſich des ſo Subſtantiirten hinſtellte, noch auch hinſtellen konnte, da ja in dieſer Beziehung jetzt das ius an Stelle der früher allein maaßgebenden fides trat (§ 38), ſondern vielmehr dieſelbe zum Regulator des öconomiſchen Gehaltes des Angelobten: des quidquid dare facere oportet erhob. Und indem damit die Verbindlichkeit des Beklagten nach dieſem ihrem öconomiſchen Gehalte nicht auf das aequum et bonum angewieſen wird, als das Geſetz der Billigkeit in Abwägung und Ausgleichung collidirender Vermögensintereſſen, ſomit nicht auf jene dem Geſetze der boni mores im großen Ganzen inliegende ſpecielle Norm, welche allein von Alters her neben dem ius berufen war, den öconomiſchen Gehalt obliegender Verbindlichkeiten zu regeln, ſondern vielmehr zum Regulator ſolcher Kategorie die bona fides: Treu und Glauben, wie ſolches die römiſche Volksanſchauung erfordert (A. 1240), erklärt wird, ſomit diejenige ſpecielle Beziehung des Geſetzes der boni mores, welche von Alters her für die obliegenden Verbindlichkeiten den Regulator von deren Exiſtenz allein, nicht aber von deren öconomiſchen Gehalte ergab (§ 100), ſo wird nun hiermit der Maaßſtab der ſocialen fides berufen, eine Function

zu übernehmen und eine Wirksamkeit nach einer Beziehung hin auszuüben, die von der ältesten Volksanschauung ausschließlich dem Gesetze der aequitas überwiesen war. Und darin nun offenbart sich eine Abweichung von jener ältesten Auffassung und ein Uebergang zu der ganz neuen Anschauung, daß die bona fides, als Attribut des Mannes, doch nicht bloß das subjective Correlat des Gesetzes von Treu und Glauben allein, sondern auch des Gesetzes der Billigkeit in öconomischen Dingen sei, somit also in Correspondenz nicht lediglich zum Gesetze der fides, als vielmehr nicht minder zum Gesetze der aequitas stehe. Und diese neue Anschauung des sechsten Jahrhunderts ist es, welche mit der Uebertragung der obigen formula auf die a. ex emto vendito und weiterhin auf die bon. fid. a. im Allgemeinen hier einen neuen Spielraum gewann und eine Prämisse ergab, auf welche gestützt ganz neue, vielseitige und weitgreifende Consequenzen entwickelt wurden (§ 109).

Allein andererseits nimmt doch auch wiederum jenes quidquid dare facere oportet ex fide bona durchaus nicht vollständig den gesammten stofflichen Gehalt eines quidquid melius aequius est dare facere in sich auf, indem vielmehr eine höchst wichtige sachliche Nuancirung in jener formula in Geltung sich behauptet, die nun auch neben der hervorgehobenen Rücksicht auf die Correspondenz der Klagformel mit der Stipulation den sachlichen Grund für die Wahl jener ganz neuen Formelconception darbietet. Denn während es dem Wesen der aequitas inliegt, daß in voller Gleichheit und Zweiseitigkeit die collidirenden Vermögensinteressen je von Gläubiger und Schuldner berücksichtigt und gegenseitig abgewogen und ausgeglichen werden (§ 100), so ergiebt nun schon die Natur der fidepromissio, als eines einseitig verpflichtenden Vertrages, bei dem der Schuldner allein, nicht aber auch der Gläubiger seine fides engagirt, daß hierbei nur ein einseitiger Anspruch des Gläubigers und eine einseitige Abwägung von dessen Vermögensinteresse in Frage kam, somit also die fides für den Promissor nur Verbindlichkeiten, nicht aber Ansprüche irgend welcher Art begründen konnte. Und dieser leitende Gesichtspunkt ist denn nun auch für die a. ex stipulatu zu allen Zeiten und durchaus consequent festgehalten worden (§ 115), indem eine Abweichung hiervon keineswegs durch die Fälle begründet wird,

wo der Promissor Retentionen durch die Stipulation ausdrücklich sich vorbehält, wie bei der cautio rei uxoriae, da solche Retentionen kraft Vertragsinhaltes, nicht aber ipso iure zur Geltung kommen. Wohl aber hat die Rechtsentwickelung eine völlig andere Grundordnung adoptirt, als sie die obige formula auf die a. ex emto vendito übertrug, indem sie hier, gestützt auf die wesentliche Zweiseitigkeit der Obligation und auf deren zweiseitige Fundirung auf die fides, dem dare facere oportere ex fide bona eine Wirksamkeit und Geltung nicht bloß im Interesse des Klägers, sondern auch im Interesse des Beklagten beimaß und hier somit dasselbe als gleichwerthig behandelte mit einem bonum et aequum esse dare facere (§ 113).

Und dann endlich ist es ein bemerkenswerther Moment, daß, während die älteste Zeit es bei den arbitria im Allgemeinen geboten fand, der dem arbiter actuell eingeräumten großen Freiheit seines Urtheiles eine potentielle Schranke zu setzen, indem ihm durch die quasi taxatio eine Directive für dieses Urtheil gegeben ward (§ 102), bei der obigen formula solche Vorsicht nicht als nothwendig anerkannt, vielmehr der Richter schlechthin und ohne Weiteres auf das Gesetz der bona fides als den Maaßstab seines Urtheiles verwiesen ward. Und dieses Verfahren ward denn auch beibehalten bei Uebertragung jener intentio auf die a. ex emto vendito, und mochte denn nun auch gleich als ein Präjudiz wirken, als die Interpretatio das arbitrium rei uxoriae ebenfalls ohne solche quasi taxatio construirte (Beil. XX § IV).

Welche besondere practische, wie theoretische Consequenzen aber aus jener intentio auf dare facere oportet ex fide bona bei der doctrinellen, wie forensischen Behandlung jener Rechtsverhältnisse gezogen wurden, welche Tragweite man somit ebenso dieser Clausel ex fide bona, wie der der Stipulation inserirten doli clausula nach Maaßgabe von § 5 beimaß, dies zu erörtern verbleibt am Besten dem nächsten Abschnitte vorbehalten, wo jene Consequenzen theils in Uebereinstimmung, theils im Gegensatze zur bon. fid. a. sich klärten und präcisirten (§ 115).

Und ebenso läßt sich bezüglich der a. sponsae pecuniae in ihrer ursprünglichen Einkleidung in die sponsio mere praeiudicialis nur sagen, daß die unter c angegebene pronuntiatio in dem iudicium secutorium erfolgte, welchem die präjudiciale Condemnation

voraufging; daß ſodann bei jener pronuntiatio die aequitas eingriff in Bezug auf das Quantum des zu Reſtituirenden, wie zu Retinirenden, während die manichfachen Rechtsgründe ſelbſt für die Retention nach Volksanſchauung, Gewohnheitsrecht und richterlichen Präjudicien ſich beſtimmten; und daß endlich dann, als jene Klage mit der unmittelbaren formula der a. ex stipulatu bekleidet ward, auf dieſelbe zwar die Ordnungen und Sätze übergingen, die für dieſe letztere Klage ſich ausgebildet hatten, immerhin aber die erſtere auch jetzt noch die Beſonderheit ſich bewahrte, daß hier die durch die cautio rei uxoriae vereinbarten retentiones dotis als Gegenanſprüche ipso iure zur Geltung gelangten (A. 1267).

Eine zweite Klage ſodann, welche, dem gegenwärtigen Zeitraume noch angehörig, der Geſchichte der hier behandelten Principien anheimfällt, iſt proponirt durch ein honorariſches Edict, deſſen urſprüngliche Faſſung nach Inst. Just. IV, 6, 5 und Theoph. in h. l. in Verbindung mit dem edictum perpetuum in Dig. IV, 6, 1. § 1. dahin lautete:

> Si quis, quum rei publicae causa sine dolo malo abesset vel in hostium potestate esset, quid usu suum fecerit, eam rem, si rei publicae causa abesse vel in hostium potestate esse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione petere permittam [1320]);

und welches ſomit das Complement bildete zu der lex Hostilia, die nach Inst. Just. IV, 10. pr. und Theoph. in h. l. das furti [lege] agere in Vertretung derjenigen geſtattete, „qui apud hostes essent

---

1320) In der Beurtheilung des betreffenden Edictes folge ich der Auffaſſung von Schilling, Inſt. § 131 und Burchardi, Wiedereinſetzung 153 fg. und zwar im Beſonderen, daß dem Bericht in Inst. cit. eine gute, rechtshiſtoriſche Nachricht zu Grunde liegt, der gemäß nun die rest. in integr. 1. von Born herein nur wider, nicht aber für den absens ertheilt ward, indem vielmehr bezüglich des Letzteren die lex Hostilia allein Platz griff; 2. von Born herein nur beim nämlichen Thatbeſtande, wie der lex Hostilia, ſomit nur wegen rei publicae causa abesse vel in hostium potestate esse des Gegners ertheilt ward, während in anderen Fällen auf andere Weiſe geſorgt war; 3. von Born herein gegen Uſucapion allein ertheilt ward; vgl. Inst. cit. § 3. — Wegen des rei publ. c. sine dolo malo inbeſondere vgl. Prob. Einsiedl. p. 427 no. 14: R. P. C. S. D. M.

aut rei publicae causa abessent quive in eorum cuius tutela essent[1321])."

Die aus dieſem Edicte oder deſſen ſpäteren Erweiterungen ertheilte Klage führt aber ebenſowohl die Bezeichnung rescissoria actio, die ihr allein im Gegenſatze zu den aus den übrigen Edicten über die rest in integr. ertheilten und als restitutoriae actiones gekennzeichneten Klagen zukam (A. 1133), als auch die Benennung Publiciana actio[1322]). Und aus dieſem letzteren Namen nun iſt nach einem allgemein gültigen Geſetze, welches das römiſche Recht bei Benennung der Rechtsquellen, wie Rechtsmittel beobachtete,

---

1321) Beide Rechtsmittel: die a. Publiciana, wie die leg. a. furti haben zu ihrer Vorausſetzung die älteſte röm. Auffaſſung, daß der captivus civis Romanus cap. dem. nicht erlitt: Beil. X § VII, eine Auffaſſung, die in manichfachen Spuren in den Digeſten noch nachwirkt, ſo z. B. bei Ulp. 74 ad Ed. (D. II, 11, 4. § 3): si quis in servitute hostium fuerit ac per hoc vadimonium (Trib.: in iudicium) non stetit, debet exceptione adiuvari.

1322) Gloſſar bei Brisson. de V. S. s. v.: Publiciana actio rescissoria datur ei, cuius res, quum absens esset reipublicae caussa vel apud hostes, usucapta est; Paul. 1 ad Ed. (D. XLIV, 7, 35. pr.): — — Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur; sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur; Pap. 10 Resp. (D. XVII, 1, 57): mandatum distrahendorum servorum defuncto eo, qui mandatum suscepit, intercidisse constitit; quoniam tamen heredes eius errore lapsi non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit. Sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non [in]utiliter acturum, quum exceptio iusti dominii causa cognita detur neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno. Bezüglich der letzteren Stelle bemerkt Keller, Civ. Pr. A. 347: „wer dabei an die rescissoria denken möchte, der ſehe zu, wie er die exc. dominii darin anbringe, welche, obwohl Pap. ſie ausſchließt, doch denkbar ſein mußte." Allein dies Bedenken iſt ſicher unbegründet, da Pap. ſagt: der venaliciarius kann die Klage mit Erfolg anſtellen, indem die exc. dominii nur causa cognita ertheilt d. h., dafern impetrirt, vom Prätor verweigert wird, ſomit alſo nur die Annahme ſtatuirt iſt, daß dieſe exc. vom Beklagten eingewendet werde, nicht aber, daß ſolche diesfalls irgend wie in thesi ſtatthaft geweſen ſei. Dagegen aber vermag ich nicht zu erſehen, wie für den venaliciarius die Publiciana in rem möglich ſein ſolle: denn da es keinen Mitbeſitz in solidum zur Uſucapion giebt, und da der emtor und dermalige Beſitzer uſucapirt hat, ſo kann doch der venaliciarius nicht als Uſucapionsbeſitzer klagend auftreten.

zu entnehmen, daß ſolche Klage von einem Prätor Publicius geſchaffen, ſomit alſo von dieſem das dieſelbe ſetzende Edict zuerſt proponirt worden iſt[1323]). Und da nun bereits Serv. Sulpicius bei Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 26. § 4) ein jüngeres Edict mit erweiternden Beſtimmungen kennt; ingleichen ſchon das S. C. Lutatianum v. J. 676 auf ein ſolches hinweiſt[1324]); und endlich auch ſchon Ter. Phorm. II, 4, 9 fg. III, 3, 11, 16, ſomit im J. 593[1325]) auf die rest. in integr. wegen absentia anſpielt; demnach aber der Prätor von 685 Qu. Publicius ſicher nicht der Autor jenes Edictes iſt; ſo ergiebt ſich daraus allenthalben, daß daſſelbe ebenſo vom Prätor d. J. 519 M. Publicius Malleolus, ſomit alſo von dem Autor der Edicte über die Publicianae in rem zuerſt proponirt ward (Beil. XXI § VIII), wie aber auch, da die übrigen Edicte über rest. in integr. erweislich einer ſpäteren Periode angehören, das erſte und älteſte derartige Edict war, eine Thatſache, woraus ſich nun auch die ſpecielle Bezeichnung der betreffenden Klage als a. rescissoria erklärt.

Und dieſe Altersbeſtimmung der Publiciana rescissoria läßt denn nun auch in den Zeitverhältniſſen des angehenden ſechsten Jahrhunderts die occasio legis deutlichſt erkennen: die kurze Uſucapionszeit der XII Tafeln hatte kein Bedenken, ſo lange ebenſowohl die Kriege nur innerhalb Italiens geführt wurden und ſo nun die Auswechſelung oder Auslöſung der Kriegsgefangenen ſchnell ſich bewerkſtelligen ließ, als auch die Abweſenheit in Staatsdienſten: in Civil-, wie Militärdienſt nur ſeltener war, wie kürzer dauerte;

1323) So Burchardi und Schilling a. O. Heineccius, Antiqu. I, 23, 7. A. d. Dagegen wendet Keller, a. O. A. 946 ein, die obige Klage habe Publiciana geheißen als formula petitoria mit Uſucapionsfiction. Ich meine indeß, daß einer Jurisprudenz, welche z. B. zwiſchen a. leg. Aquilia directa, utilis und in factum ſchied, ein derartiges mechaniſches und gewiß geradezu unwiſſenſchaftliches Generaliſiren nicht beizumeſſen iſt, wie Keller dies vorausſetzt. Ueberhaupt iſt mir die ganze betreffende Polemik Kellers bei dieſem Schriftſteller nicht recht verſtändlich.

1324) In C. J. L. I no. 203. lin. 14: εἰ — τινε[ς] ἀγροὶ, οἰκίαν, ὑπάρχοντα αὐτῶν πέπρανται μετὰ τὸ ἐκ τῆς πατρίδος τῶν δημοσίων πραγμάτων τῶν ἡμε-[τ]ρων χάριν ἁρμῆσαι, ὅπως ταῦτα πάντα αὐτοῖς εἰς ἀκέραιον ἀποκαστα[θ]ῇ.

1325) Vgl. Wagner in Jahns N. Jahrb. für Phil. 1865. XCI, 288 fg. Dziatzko im Rhein. Muſ. N. F. 1866. XXI, 64 fg.

der erſte puniſche Krieg jedoch (490—512) mit ſeiner zwanzigjährigen Dauer, und die Erwerbung ſodann transmariner Provinzen: des puniſchen Sicilien (512), wie Sardiniens und Corſica's (516—519), indem ſie eine vollſtändige Veränderung in jenen von Alters her gegebenen Verhältniſſen herbeiführten, legten ſo nun die Nothwendigkeit nahe, zum Schutze der dadurch gefährdeten Intereſſen der von jenen Verhältniſſen Betroffenen vorkehrend einzugreifen; und ſolche Schutzmaaßregeln bot nun ebenſo wie die lex Hostilia das publicianiſche Edict.

Im Uebrigen aber iſt das letztere Edict in ſeiner älteſten Faſſung vorerſt nur von untergeordneter Bedeutung für die Geſchichte der hier maaßgebenden Principien: denn es iſt ein durchaus iſolirter Punkt, in welchem jenes Edict nach der Richtung einer Repreſſion der ungerechtfertigten Bereicherung eingreift. Wohl aber gewinnt es eine höhere Bedeutung in den ſpäteren Perioden theils durch die Erweiterungen, die demſelben ſucceſſiv zu Theil wurden; theils dadurch, daß an daſſelbe ſpäter noch andere Fälle der rest. in integr. ſich anlehnten und ſo insbeſondere wegen cap. dem.; theils endlich dadurch, daß mit demſelben der Principſatz der aequitas: Repreſſion der ungerechtfertigten Bereicherung ebenſo zuerſt Eingang und Verwirklichung in der Legislation, als auch ſofort Anwendung ſelbſt innerhalb der Sphäre des strictum ius gefunden hat.

Die in jener reſciſſoriſchen Publiciana verwirklichte Ordnung ſelbſt aber, daß eine eingetretene, gemißbilligte Veränderung gegebener Beſitzverhältniſſe nicht durch Reſtitution der damit herbeigeführten Bereicherung, als vielmehr durch Wiederherſtellung der geſtörten Beſitzverhältniſſe ſelbſt beſeitigt werde, erklärt ſich aus den hiſtoriſchen Verhältniſſen der Conſtituirung jener Klage: denn wie bei der Publiciana in rem die Rechtsordnung für die vollendete Uſucapion zur Geltung gelangte, ſo wird hier bei der rescissoria die Rechtsordnung der nicht vollendeten Uſucapion zur Anwendung gebracht. Und dieſer Parallelismus iſt es, der die Abſonderlichkeit dieſer Rechtsordnung der rescissoria erklärt: denn an und für ſich iſt die rest. in integr., auf vermögensverändernde Vorgänge civilrechtlicher Natur angewendet, nicht allein ſchwerfällig und ungelenkig, ſondern bedroht auch den Lebensverkehr mit Störung und Verwirrung, ſobald die Intereſſen Dritter dabei in

Mitleidenheit gelangen. Daher hat die ſpätere Legislation nur in ſehr beſchränkter Maaße ſolche Ordnung noch zur Anwendung gebracht: theils bei Rechtsverluſt aus proceſſualiſchen Gründen, theils bei vis und dolus malus im Nothfalle, theils endlich bezüglich der Minderjährigen, wogegen die Reſtitution wegen cap. dem. bereits den Character einer normalen Aufhebung älterer Rechtsordnungen ſachlich gewinnt (§ 134).

Zweiter Abſchnitt.

Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien von der Mitte des ſechsten Jahrhunderts d. St. bis zum Zeitalter Cicero's.

§ 108.

Hiſtoriſche Stellung im Allgemeinen der Principien.

In Bezug auf das Princip der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung ergab der vorhergehende Zeitraum für das Verhältniß von rigor und aequitas den Sachverhalt, daß normaler Weiſe der rigor allein das ius beherrſchte, dahingegen die aequitas als die den öconomiſchen Gehalt der Verkehrsverhältniſſe regelnde Norm bei den auf fides ſtehenden einfachen Lebensgeſchäften zur Geltung gelangte, woneben dann exceptioneller Weiſe dieſelbe auch den öconomiſchen Gehalt der auf dem ius ſtehenden arbitria regelte. Und dieſer Gegenſatz von rigor und aequitas innerhalb des ius prägte ſich aus einerſeits in den lites, den condictiones und den bezüglichen Klagen der leg. a. per man. ini., wie andrerſeits in den arbitria der leg. a. per iud. post. In dem gegenwärtigen Zeitraume nun trat in Folge der proceſſualiſchen Reformen der lex Aebutia an Stelle jenes Gegenſatzes die Begriffsreihe einerſeits von lites und von iudicia, unter welche letztere theils die hier nicht bezüglichen iudicia der leg. a. per iud. postul., theils die stricti iuris actiones des Formularproceſſes fallen und woneben dann noch die Klagen der leg. a. per man. ini. treten, und andrerſeits von arbitria als der Aequitäts-Klagen,

theils die legitima arbitria der leg. a. per iud. post., theils die honoraria arbitria: die bon. fid. actiones umfaſſend (Beil. XX § II), wogegen endlich die honorariſchen actiones in factum conceptae bei jener Claſſification gar nicht mit inbegriffen ſind.

Was nun zunächſt die Stellung des rigor anbetrifft, ſo behauptet derſelbe nicht allein ſein altes Herrſchaftsgebiet, ſondern erweitert auch ſolches durch Neubildungen, die ebenſo innerhalb der Sphäre der leg. a. sacramento ſich vollziehen: in der a. repetundarum leg. Juniae, wie Calpurniae (A. 1305), als auch in der Sphäre der leg. a. per man. ini., ſo in der a. legis Furiae testamentariae (A. 1308) und legis Marciae adversus faeneratores, wie nicht minder in der Sphäre der condictio: einerſeits der incerti condictio aus Stipulation ohne doli clausula (Beil. XIX § VII unter V B 3), und andererſeits der condictio ex mutui datione (Beil. XXI § XXIV), non debiti und ex iniusta causa (§ 120), ex lege Servilia und Cornelia repetundarum (§ 121), wie endlich auch honorariſcher Condictionen: der a. rerum amotarum (§ 120), de pecunia constituta und operarum. Ja es greift ſogar der rigor inſofern in die Sphäre der aequitas über, als deſſen Methode, ſchadenfähige, widerrechtliche Handlungen als Proceßdelict der temeritas litigii zu behandeln, nicht nur bei der certi condictio des Formularproceſſes und anderntheils beim iudicium iudicati und depensi contrarium (A. 865) und in der a. contraria gegenüber einer Anzahl honorariſcher Delictsklagen ſowohl aus Civilrechtsdelicten, wie aus Civilproceßdelicten (A. 866), ſondern auch bei Klagen in Anwendung gebracht wurde, welche durchaus auf der Grundlage der aequitas geſchaffen worden ſind: in den fructus maiores der formula petitoria (§ 78 unter 6 a), in dem Strafzuſchlage von 300 % der a. quod met. c. (§ 78 unter 6 b), wie in dem duplum der a. redhibitoria (A. 861) und depositi in turba etc. dati (A. 862). Ja ſelbſt die arbitria honoraria wurden inſofern von den Einwirkungen des rigor betroffen, als auf dieſelben die Theorie von dem novatoriſchen Effecte der Lit. Cont. übertragen wurde (§ 114 a. E.).

Innerhalb des strictum ius ſelbſt aber blieben während des gegenwärtigen Zeitraumes die in § 97 fg. dargelegten Verſchiedenheiten zwiſchen den lites des XII Tafelrechtes und den condictiones noch ohne Ausgleichung: dieſelben ergeben auch jetzt noch zwei

verſchiedene Gebiete des rigor, welche im Einzelnen weſentlich abweichenden Geſetzen unterfallen.

Hinwiederum auf Seiten der aequitas bleiben die arbitria legitima in ihren überlieferten Eigenthümlichkeiten nicht allein in Beſtand, ſondern erfahren auch eine numeriſche Vermehrung in der neuconſtituirten a. communi dividundo. Und hierzu tritt dann nun als ganz eigenartiges Gebild die a. ex empto. vend., an welche dann weiterhin die ganze Gruppe der arbitria honoraria ſich anſchloß: theils als Originärbildungen: a. ex locato cond., pro socio, mandati, neg. gest. und pigneraticia, theils in gewiſſen arbitria legitima, bei denen neben dem Ligisactionenproceſſe auch der Formularproceß zugelaſſen und die Klagformel der bon. fid. a. übertragen worden war: tutelae, fiduciae und reſp. fin. regund. Und ſodann iſt es auch die formula petitoria, welche in dem dinglichen Rechte ein neues Gebiet der aequitas unterſtellt, obwohl ſolches wiederum nur auf Grund der Rechtstheorie, nicht aber auf Grund eines auf das aequum et bonum oder die bona fides concipirten Formeltheiles. Jedoch gehört dieſe letztere Klage erſt dem Ausgange des gegenwärtigen Zeitraumes an und bleibt, da ihre Durchbildung in die nächſte Periode fällt, am Geeignetſten der Darſtellung von § 130 vorbehalten.

Neben dieſen Aequitäts-Klagen ſtehen jedoch noch zwei weitere Gruppen von Klagen, rückſichtlich deren durchaus andere und ganz eigenthümliche Verhältniſſe obwalten: zunächſt nämlich die Klagen, welche ex professo berufen ſind, den Satzungen der aequitas innerhalb des strictum ius Geltung zu verſchaffen, und durch welche ſomit Rechtsſätze des aequum gleich als Correctiv des rigor zur Anwendung vermittelt werden, während wiederum bei den bon. fid. negotia die Durchführung jener Sätze als eine integrirende Nebenfunction den arbitria honoraria und reſp. legitima mit übertragen iſt. Und jene Rechtsmittel ſind die a. de dolo, quod met. c. und de eo quod certo loco ſammt exc. doli und quod met. c., Klagen, die insgeſammt zwar civilrechtlich Aequitäts-Klagen ſind: berufen, die bezüglichen Poſtulate der aequitas durchzuführen, die aber proceſſualiſch ſolchen Character nicht an ſich tragen: weder auf aequum et bonum, noch auf bona fides ſich concipiren.

Sodann gelangten aber auch gewiſſe Poſtulate der aequitas zur Anerkennung, welche, ebenfalls für das strictum ius mit Geltung

bekleidet, dagegen innerhalb des aequum nicht der bon. fid. a. zur Durchführung überwieſen, mit ſpeciellen Klagen bewehrt ſind, die ſelbſt ſomit ganz gleichmäßig in jene, wie in dieſe Sphäre einzugreifen berufen ſind. Und aus dieſem Verfahren, für welches die Publiciana rescissoria einen durchaus maaßgebenden Vorgang darbot, gingen hervor, die a. de in rem verso, die cond. non debiti und ex iniusta causa, wie auch die cond. ex lege repetundarum, insgeſammt Klagen, welche, gleich der erſteren Gruppe, die Poſtulate der aequitas verwirklichen, ohne proceſſualiſch auf aequum et bonum oder bona fides fundirt zu ſein.

Endlich ſteht neben dieſen Gruppen noch die a. ex stipulatu, als Zwitterbildung zwiſchen rigor und aequitas, welche im gegenwärtigen Zeitraume eine erhöhte Bedeutung dadurch gewinnt, daß dieſelbe nunmehr aus jeder Stipulation mit doli clausula gegeben, während zugleich wieder jede Stipulation als fähig zur Aufnahme ſolcher Clauſel erkannt wird.

Im Uebrigen tragen in proceſſualiſcher Beziehung alle jene Aequitätsklagen einen zwiefältigen Character an ſich: einerſeits ſind dieſelben proceſſualiſch ſelbſtſtändige Formationen: theils in ius conceptae und entweder mit beſonderer Aequitätsclauſel verſehen, wie die bon. fid. a., oder aber ohne ſolchen Formeltheil, wie namentlich die cond. ob caus. und die formula petitoria, denen jedoch durch die Rechtstheorie die betreffenden Satzungen der aequitas untergelegt werden, theils in factum conceptae, deren als intentio fungirende demonstratio auf den der aequitas widerſtreitenden Thatbeſtand concipirt iſt: a. de dolo und quod met. c.; und andrerſeits wiederum ſind dieſelben ſelbſtſtändige actiones nur im civilrechtlichen Sinne, nicht aber auch vom proceſſualiſchen Geſichtspunkte, indem hiernach dieſelben vielmehr lediglich techniſche Modificationen gegebener actiones directae enthalten, welche, durch gewiſſe techniſche Zuſätze zu gewiſſen Formeltheilen vermittelt, die erſtere zur utilis umgeſtalten: und dies ſind nach dem Vorgange der Publiciana rescissoria die a. de in rem verso und de eo quod certo loco.

Von allen jenen Rechtsgebilden aber nehmen die hervorragendſte Stellung ein die originären bon. fid. negotia. Denn indem dieſelben Aufnahme in das Recht fanden, ſo liegt das Moment der hiſtoriſchen Bedeutung dieſes Vorganges weniger darin, daß da-

mit neue Rechtsinſtitute geſchaffen wurden, die eine eigene juriſtiſche Regelung erheiſchten und damit den gegebenen Fonds von Rechtsſätzen vermehrten, als vielmehr darin, daß in jenen bon. fid. negotia Verhältniſſe von durchaus eigenartiger Weſenheit in das Recht eingeführt wurden: unſolenne Verträge, deren Kriterien durchaus nur den darin ausgeprägten volkswirthſchaftlichen Proportionen entlehnt ſind, insbeſondere aber auch weſentlich zweiſeitige Verträge, welche bisher dem römiſchen Rechte noch durchaus fremd waren. Denn in Folge dieſer Thatſache ward nun eine Mehrzahl ganz neuer theoretiſcher Geſichtspunkte in das römiſche Recht hineingetragen und damit ebenſo eine Fülle origineller und fruchtbarer Ideen im Rechte wach gerufen, wie überhaupt der geſammte Horizont der juriſtiſchen Anſchauung und Reflexion unendlich erweitert (Thl. II § 86 fg.). Und ſo nun beſchah es, daß zunächſt ganz neue Thatbeſtände mit juriſtiſcher Relevanz bekleidet werden: die mora solvendi und accipiendi, die reticentia und die Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae, woneben dann unabhängig von der bon. fid. a. die Bereicherung durch Rechtsgeſchäft mit vitiöſer ſecundärer causa, die Bereicherung des Gewalthabers durch das an ſich unverbindliche Rechtsgeſchäft des Gewaltuntergebenen, wie die Bereicherung des Unbetheiligten durch Delict des Dritten zur juriſtiſchen Geltung gelangen. Und im Gefolge dieſer neuen Rechtsordnungen gewinnen ſodann theils gewiſſe Lehrbegriffe eine ganz neue Wichtigkeit und dementſprechend eine beſondere wiſſenſchaftliche Cultur, ſo einerſeits der Begriff der mora, und andererſeits die ſubjective Verſchuldung nach dem Maaßſtabe des Abſtracten bemeſſen, ſowie in ihren Arterſcheinungen als Dolus und Culpa und wiederum in ihrem Gegenſatze zum Zufalle (§ 112), wie anderntheils auch wieder ganz neue öconomiſche Auffaſſungen zur Geltung gelangen, denen gemäß der concrete Maaßſtab für Bemeſſung des Schadenerſatzes als der normale anerkannt und an Stelle des abſtracten Maaßſtabes tritt, nicht minder aber auch die utilitas in dem id quod interest als Maaßſtab für Bemeſſung des Schadens ſelbſt neben das pretium rei geſtellt wird (§ 124). Im Uebrigen aber entlehnen die arbitria honoraria von den legitima die Eigenthümlichkeit, — welche zugleich in civilrechtlicher Beziehung deren weſentlichen Unterſchied von den condictiones begründet, — daß ſie mit ihrer Hauptfunction auch noch die drei-

fache Nebenfunction verbinden: als Schädenklagen, als Bereicherungsklagen und als Organe der beiderſeitigen Parteiintereſſen zu dienen (§ 112 fg.), während die condictiones ausſchließlich ihre Hauptfunction ſei es als Contracts- oder Quaſicontracts- oder auch als Delictsklagen verſehen.

Mit jenen hiſtoriſchen Entwickelungen aber gehen Hand in Hand die bedeutungsvollſten Umwandlungen der aequitas ſelbſt. Denn nicht allein wird derſelben gegen Ausgang dieſes Zeitraumes eine durchaus excentriſche Erweiterung ihrer Sphäre zu Theil, indem ihr von der Theorie die voluntatis ratio als zubehöriges Gebiet überwieſen wird, ſondern es erfährt auch dieſelbe in der Auffaſſung Seitens des Volkes eine entſprechende Verallgemeinerung ihrer Weſenheit: aus der öconomiſchen Billigkeit in Berückſichtigung der gegneriſchen Intereſſen wird dieſelbe von der Volksanſchauung umgewandelt zur Billigkeit im Allgemeinen: zu dem den boni mores überhaupt Entſprechenden [1326]). Dieſer Proceß ſelbſt aber ward vorbereitet dadurch, daß man bereits zu Beginn dieſes Zeitraumes die fides, als die der voluntatis ratio entſprechende Eigenſchaft des Individuum (§ 36), neben der aequitas zum ſubjectiven Correlate des Geſetzes der aequitas erhob, und ſo nun neben die der Letzteren von Alters her zukommende Function, die Verkehrsverhältniſſe nach ihrem öconomiſchen Gehalte zu ordnen, die neue Function ſtellte, jene nämlichen Verhältniſſe auch nach Exiſtenz oder Verbindlichkeit zu regeln: es verbindet ſich mit dem in der aequitas altüberlieferten öconomiſchen Geſetze (§ 100) nunmehr auch das Geſetz von Treu und Glauben oder der fides.

So nun erhebt ſich die fides zu dem den boni mores oder der aequitas in jener verallgemeinerten Weſenheit entſprechenden Ver-

---

1326) S. 268. So vertritt bei Plaut. aequum in der überreichen Verwendung des Wortes das mit der röm. Volksanſchauung, wie Nationalſitte: mit den boni mores Uebereinſtimmende, ſei ſolches Rechtsſatzung, ſei es Poſtulat der bürgerlichen Sitte, ſei es daß Rechtsverhältniſſe, ſei es daß rein ſociale Lebensverhältniſſe in Frage ſtehen; ſo z. B. in letzterer Beziehung Pseud. I, 3, 35: deos — maxume aecumst metuere; 5, 38: eum saluto primum, ut aequmst; in erſterer Beziehung Poen. I, 1, 13. III, 5, 50. 6, 5. V, 2, 121., wo der Erbgang vom Vater auf den Sohn als aequum bezeichnet wird; Trin. II, 4, 187: ſ. Thl. I § 7. Und ſo nun auch bei Cic.: A. 397.

halten des Individuum[1327]), in ſolcher Stellung zugleich zur fides bona ſich präciſirend d. i. zu dem der römiſchen Volksanſchauung entſprechenden Verhalten in geſchäftlichen Dingen[1328]). Und zwar erklärt ſich ſolche Hervorhebung des nationalen Colorites vom Geſetze der fides hiſtoriſch aus dem Eindringen peregriner Bevölkerungselemente in Rom ſeit dem 6. Jahrhundert d. St. (Thl. II § 74 fg.): denn indem man in Folge deſſen die von der eigenen Nationalanſchauung in Dingen der fides abweichenden Auffaſſungen und Verkehrsgewohnheiten jener Peregrinen kennen lernte; indem man erkannte, wie z. B. die punica oder graeca fides (A. 335 fg.) in ihren Verkehrsprincipien ſachlich doch äußerſt verſchieden war von der romana fides; ſo führte nun ſolcher erkannte und lebhaft empfundene Gegenſatz zur Prädicirung der durch die

---

1327) Fides in ſeiner urſprünglichen Bedeutung von Treu und Glauben ſteht in der a. tutelae, wie fiduciae: Beil. XX § III und ſo nun in Beil. XVIII § III, ſo z. B. bei Plin. H. N. II, 63, 155: bona fide creditum faenus reddidit; Ulp. 6. 30 ad Ed. (D. III, 2, 6. § 5. XVI, 3, 1. § 4. fr. 5. pr.); Sev. und Car. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XLIX, 2, 19. § 9); vgl. A. 411. Dann in der obigen verallgemeinerten Beziehung A. 397 und bei Cic. Top. 10, 42. de N. D. III, 30, 74. p. Rosc. Com. 6, 16. Cels. 11 Dig. (D. XVI, 3, 32).

1328) A. 1240. Vgl. A. 398 und Beil. VII § 6—13; insbeſondere: Plaut. Aul. IV, 10, 42. Capt. IV, 2, 112 Most. III, 1, 140. Pseud. IV, 6, 33. Cat. RR. 14, 3. Qu. Muc. bei Cic. de Off. III, 17, 71. Cic. Top. 17, 66. Boëth. in Top. p. 378. Jav. 11 Ep. (D. XIX, 2, 21); Gai. 3 Aur. (D. XLIV, 7, 5. pr.); Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 35. pr.); Paul. 22 ad Ed. (D. XIX, 2, 45. § 1); Tryph. 9 Disp. (D. XVI, 3, 31) u. a. m., vornämlich aber in der intentio der a. ex stipulatu und der bon. fid. a., wie im aſiatiſchen Edicte des Qu. Mucius Scaevola v. 665: Thl. II A. 501. — Den technischen Gegenſatz zur fides oder bona fides bildet nicht etwa die perfidia, ſondern wie bereits Klotz, Cic. ſämmtl. Reden I, 467 fg. erkannt und genügend bewieſen hat, die malitia, ſo vor Allem P. Cornel. Scipio contra Ti. Claudium Asellum v. 614 bei Gell. VI, 11, 9; dann Plaut. Aul. II, 2, 38. Epid. IV, 1, 19. Amph. I, 1, 113. Auct. ad Her. III, 6, 11. Cic. de Jnv. II, 36, 108 fg. de N. D. III, 30, 74 fg. Tusc. IV, 15, 34. de Off. III, 15, 61. p. Quinct. 18, 56. p. Qu. Rosc. 16, 46. p. Cluent. 26, 70. p. Rosc. Am. 38, 111 u. ö. Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 13); Jul. daſ. (D. cit. § 26); Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. pr.); Paul. not. ad Jul. 4 Dig. (D. IV 2, 11). Gleichbedeutend ſetzt Cic. de N. D. cit. mala fides. Schon damit fällt die von Ubbelohde, Ver. Realcontr. § 22. 25 vermuthete a. de perfidia, deren Exiſtenz überdem durch das Stillſchweigen von Cic. de Off. III, 15 fg. mit vollſter Beſtimmtheit widerlegt wird.

römiſche Sitte gebotenen fides als bona d. i. romana[1329]). Jene Verallgemeinerung ſelbſt aber dieſer fides bona zum Correlate der aequitas vollzieht ſich auf Grundlage der von der a. ex stipulatu für die a. ex emto vend. entlehnten intentio auf dare facere oportere ex fide bona: denn indem für letztere Klage von Vorn herein kein anderes, deren pecuniären Gehalt regelndes Geſetz gegeben war, als ſolches in der römiſchen aequitas in ihrer in § 100 dargelegten Weſenheit ſich bot, ſo ward nun in Folge dieſes Sachverhaltes die Rechtstheorie faſt ganz von ſelbſt zu dem Satze hingeleitet, daß die fides bona nicht allein die Verbindlichkeit des Geſchäftes, ſondern auch den öconomiſchen Gehalt der dadurch gegebenen Rechte und Pflichten beſtimme, dementſprechend daher die fides ſubjectives Correlat nicht allein des Geſetzes der fides, ſondern auch des Geſetzes der aequitas, ſomit der boni mores im Allgemeinen ſei, inſoweit überhaupt die letzteren einen Regulator des geſchäftlichen Verkehres ergaben (§ 109).

Indem daher auf Grund Alles deſſen die arbitria honoraria alle diejenigen Beziehungen des Rechtsverhältniſſes zur Geltendmachung in ſich aufnehmen, welche ſich als poſitive oder negative Beſtandtheile, Vorausſetzungen oder Conſequenzen der fides bona ergeben, ſo gewinnen nun damit jene Klagen eine Dehnbarkeit und Vielſeitigkeit, welche nicht nur mit der Einfachheit und Einheitlichkeit der Aufgabe der iudicia auf das Stärkſte contraſtirt, ſondern auch noch bedeutend über das Maaß der Verwendbarkeit der arbitria legitima hinausgreift.

Und dementſprechend hat denn auch jener Sachverhalt wiederum Veranlaſſung gegeben zu einer ebenſo vielſeitigen und eindringenden, hiſtoriſch ſo überaus bedeutſamen theoretiſchen, wie forenſiſchen Durcharbeitung und Detaillirung der beſonderen Poſtulate der fides bona oder aequitas. Denn indem ſolche zum Regulator der a. ex emto vend. und weiterhin der geſammten bon. fid. negotia

---

1329) Hieraus, ſowie aus der Inſerirung ſolcher bona fides in die Formel der a. ex emto vendito ergiebt ſich zugleich, wie vollſtändig fern dieſer Zeit die Idee lag, in dem ius gentium ein ius quod apud omnes gentes peraeque custoditur anzuerkennen: als maaßgebende Norm des ius gentium galt vielmehr jener Zeit die röm. Volksſitte und aus dieſer ward vollbewußt und planmäßig das erſtere geſchöpft und ſubſtantiirt.

erhoben wird und damit nun die Herrschaft über den Geschäftsverkehr des ius gentium übernimmt; indem sodann der Peregrine bezüglich der solcher Norm inliegenden Postulate unmöglich, wie der civis bei den arbitria legitima, einfach auf die römische Nationalanschauung verwiesen werden konnte, der er doch fremd und unbekannt gegenüberstand; so trat damit die Nothwendigkeit hervor, die Postulate der aequitas in exacteren Sätzen festzustellen und zu präcisiren, dementsprechend nun auch dieselben durch die Rechtswissenschaft detaillirt, wie codificirt wurden und somit aufhörten, ausschließlich nur in unmittelbarem Volksbewußtsein zu beruhen (§ 112 fg).

Und damit hörte zugleich die aequitas auf, eine lediglich neben dem Rechte selbstständig stehende und abgesonderte Potenz zu sein, indem vielmehr dieselbe in das letztere selbst hineintrat, hier ein bonum ius (A. 1245) neben dem merum oder summum ius[1330]) begründend.

Was sodann das Princip der arbiträren richterlichen Cognition anbetrifft, so hatte dasselbe in dem vorigen Zeitraume in der Modalität seine Ausprägung gefunden, daß der rigor den Richter auf ein präjudiziales Urtheil beschränkte, die aequitas dagegen demselben eine meritorische Entscheidung aufgab, demgemäß auf Seiten des rigor die lites der leg. a. sacram., wie die condictiones der leges Silia und Calpurnia standen, da hier der Richter auf einen präjudizialen Entscheid über das Recht- oder Unrechthaben bei sacramentum oder sponsio angewiesen war, während der aequitas theils die iurgia der leg. a. per iud. post. angehörten, insofern hier das Richterurtheil rein meritorisch war, theils aber auch die triticaria cond. der lex Calpurnia, insofern hier nach dem präjudizialen Urtheile der Richter auf Erfordern noch ein zweites meritorisches Erkenntniß: das iudicium secutorium abgab. In dem gegenwärtigen Zeitraume nun blieben jene Ordnungen bezüglich der Klagen der leg. a. sacram., wie per iud. post. in unverändertem Bestande, wogegen ganz neue Verhältnisse und Ord-

1330) Jus merum bei Plaut. Rud. IV, 4, 94 im Gegensatze zum ius bonum (v. 108); vgl. im Uebrigen, sowie wegen summum ius A. 1488. Dahingegen aequum ius bezeichnet nur das par ius: das für Alle oder für die Parteien gleiche Recht, somit das ἴσον des Aristoteles: Thl. I A. 538.

nungen in dem Sponſionsproceſſe der lex Aebutia, wie in der unmittelbaren formula des ius gentium zur Ausprägung gelangten.

Und zwar, was zunächſt den Proceß per sponsionem mere praeiudicialem anbetrifft, ſo trat dieſer rein und ungemiſcht auf Seiten des rigor: das Richterurtheil lautet hier, ſei es zu Gunſten des Klägers, ſei es des Beklagten einfach auf die summa sponsionis d. i. den numus unus (A. 1206), ſo daß hier jedwede meritoriſche Entſcheidung des Richters entfiel (vgl. § 106).

Was dagegen den Proceß per sponsionem poenalem, ſomit, theils der certi cond., theils der a. de pecunia constituta auf anderes Object als baar Geld, theils endlich der Interdicte betrifft, ſo deutet auch hierfür Gai. IV, 93 implicite die Richtung des Urtheiles auf die Sponſionsſumme: die tertia oder reſp. dimidia pars an, die überdem aber auch dadurch mit Nothwendigkeit bedingt iſt, daß ſolche Summe ebenſo ſolvabel, wie exequirbar iſt. Und mit ſolcher Entſcheidung iſt der Inhalt des Richterurtheiles erſchöpft ebenſo beim Interdict, wie bei allen Fällen der Verurtheilung des Klägers, wogegen im Falle der Verurtheilung des Beklagten in der certi condictio mit der Entſcheidung über die Sponſionsſumme eine Verurtheilung in das Hauptdebitum ſelbſt ſich verbindet, demgemäß daher hier die Entſcheidung über den Präjudizial- und über den Cardinal-Punkt einheitlich und gewiß zur Totalſumme zuſammengefaßt werden[1331]).

1331) Demnach lautete die zu Gunſten des Klägers ertheilte formula: si parret Num. Negidium Aul. Agerio sh. CD nummos dare oportere, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio sh. MDC nummos condemnato. Nach Huſchke in Richter und Schneider, krit. Jahrb. 1840. Jahrg. IV, 487 fg., welchem Schirmer, Präjudizialſtipul. 16 u. Keller, Civ. Pr. § 29 beitreten, ſoll eine eigene Klage aus der sponsio poenalis auf die tertia pars und eine zweite Klage oder ein iudicium secutorium aus der Hauptforderung auf die betreffende certa pecunia Platz gegriffen haben. Dieſes iudicium secutorium (keinesfalls aber eine zweite Klage) griff allerdings Platz beim Interdict und bei a. de pec. const. auf anderes Object als baar Geld, aber gewiß nicht bei certi cond., wo ſolche Beläſtigung des Klägers doch weder einen ſachlichen Rechtfertigungsgrund gehabt, noch den herrſchenden Zeitanſchauungen entſprochen haben würde. Dagegen die dem Beklagten ertheilte formula lautete obigen Falles nur auf sh. CD nummos in der intentio, wie condemnatio.

Hinwiederum bei der unmittelbaren formula des Formularproceſſes geht die präjudiciale Haltung des Urtheiles vollſtändig, wie durchgehends verloren, ſo daß alle dieſe Klagen: cond. triticaria mit Einſchluß der incerti, bon. fid. a., formula petitoria und a. in factum concepta ausnahmelos dem Principe der arbiträren richterlichen Cognition unterfallen: es greift hier durchgehends ein meritoriſches Urtheil Platz.

Unabhängig von dieſem von Alters her im Rechte ausgeprägten Gegenſatze des rigor und der aequitas trat indeß in dem gegenwärtigen Zeitraume ſolcher Contraſt der Principien der gebundenen und der arbiträren richterlichen Cognition auch noch in einer ganz neuen Modalität in dem Rechte zu Tage: einerſeits in der certi und andrerſeits in der incerti condemnatio. Denn indem dort der Richter unter Androhung des litem suam facere durch die formula angewieſen wird, die auszuſprechende Condemnation des Beklagten ausſchließlich, wie genaueſtens auf die in der jurisdictionellen condemnatio ziffermäßig fixirte Summe zu richten (Gai. IV, 52), ſo prägte darin das Princip der gebundenen richterlichen Cognition, wenn auch in anderer Form, als bei der leg. a., ſo doch mit gleicher Beſtimmtheit und Präciſion ſich aus, während wiederum das Princip der arbiträren Cognition bei der incerti condemnatio zu deutlichſt ausgeprägter Geltung gelangt, indem hier dem Richter obliegt, das in der formula concipirte incertum in certa pecunia umzuſetzen und dabei demſelben, abgeſehen von einer taxatio, keinerlei Beſchränkung in der formula auferlegt iſt (§ 66). Und dieſer Gegenſatz nun ward in der That von der Wiſſenſchaft des gegenwärtigen Zeitraumes in der angegebenen Richtung in das Auge gefaßt, wie dies mit Beſtimmtheit ſich bekundet durch Cic. p. Rosc. com. 4, 10. 11 und durch Sen. de Ben. III, 7, 5. de Clem. II, 7, 3., und zugleich als Eintheilungsgrund der Klagen benutzt von lites und iudicia i. w. S., und von iudicia i. e. S. und arbitria, wobei den lites die Klagen der leg. a. sacram., den iudicia i. e. S. die certi condictiones, endlich den arbitria die legitima, wie die honoraria arbitria unterfallen (Beil. XX § II).

Dieſe Claſſification leidet jedoch an dem Fehler, daß ſie nicht allein die actiones in factum conc. nicht mit umfaßt, während wiederum die Einordnung der lites der Anforderung auf Eben-

mäßigkeit nicht genügend entſpricht, ſondern daß ſie auch einem Zweifel Raum gab bezüglich der Stellung, welche in ihr der triticaria und incerti cond. anzuweiſen ſei. Denn während ſolche nach Maaßgabe des fundamentum dividendi den arbitria zubehörten, da ja bei ihnen in der That das Richterurtheil „pecuniae incertae est“ und der Richter „et detrahere aliquid potest et adicere,“ und während daher auf Grund deſſen von gewiſſer Seite dieſelben conſequenter Weiſe den arbitria untergeordnet wurden, ſo nahm man wiederum von anderer Seite an ſolcher Subordination Anſtoß, weil doch dieſe Klagen wieder in anderer Beziehung ſo grundverſchiedenen Weſens von den arbitria, vielmehr Unterarten der condictio im Allgemeinen und inſofern wieder weit näher verwandt mit der certi cond. waren, und weil inſofern denſelben nicht ein „mite, moderatum,“ ſondern ein „directum, asperum, simplex“ inliegt und dem Richter nicht freiſteht „sententiam suam non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia inpulit regere.“ Und dieſer dogmengeſchichtliche Zwieſpalt nun iſt es, welcher bezeugt wird von Cic. p. Mur. 12, 27: illud mihi quidem mirum videri solet tot homines — etiam nunc statuere non potuisse, utrum — iudicem an arbitrum — dici oporteret, indem hiernach eine Controverſe beſtand, ob gewiſſe Klagen in der obigen Eintheilung in die Claſſe der iudicia oder der arbitria einzuordnen ſeien, ſolcher Zweifel aber lediglich die cond. triticaria und incerti betroffen haben kann.

Allerdings nun ließ ſich bei ſcharfer und exacter Präciſirung des fundamentum dividendi jener Zweifel leicht beſeitigen: denn da jene Condictionen in der That incerti condemnatio haben, ſo ſtehen dieſelben ganz zweifellos nicht auf Seiten der iudicia, ſondern weit eher der arbitria; und da wiederum jene Condictionen von den arbitria darin ganz weſentlich ſich unterſcheiden, daß bei jenen der arbiter nicht bloß das Hauptobject der Klage, ſondern auch die Nebenpräſtationen an Schadenerſatz, Bereicherung, wie Gegenanſpruch zu äſtimiren hat und ſo nun durch Addition oder Subtraction auch die Würderungsſumme des Hauptobjectes verändern darf, während bei jenen Condictionen der Richter einzig und allein auf die Aeſtimation des Hauptobjectes angewieſen iſt, ſo ſind nun auch wieder dieſe Condictionen nicht wahre arbitria,

ſondern ergeben ein drittes Glied in der Eintheilungsreihe von iudicia und arbitria. Allein indem für dieſes Glied eine den beiden anderen conforme techniſche Bezeichnung fehlte, ſo unterließ man dieſe logiſch nothwendige Vervollſtändigung der Eintheilungs-Reihe, und entzog damit der ganzen Claſſification ihren doctrinellen Werth in Folge deſſen daher auch die nächſte Periode dieſelbe zu Gunſten einer anderen Eintheilung wieder fallen ließ (§ 125).

§ 109.

Die bonae fidei actiones.

Die arbitria honoraria,[1332]) ſomit die bon. fid. actiones der nächſten Periode (Beil. XX § II) treten in das römiſche Recht hinein zuerſt mit Klagbarmachung der emtio vend. als Contract im Jahre 525—550 (Beil. XXI § XV). Und zwar ward auf dieſelbe die intentio und condemnatio der a. ex stipulatu übertragen auf: Quidquid parret ob eam rem Num. Negidium Aul. Agerio dare facere oportere ex fide bona, eius, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato, si non parret absolvito (§ 107 und A. 775), eine Klagformel, welche, indem ſie in erſter Linie den Richter anweiſt, die Verbindlichkeiten des Beklagten nach der fides bona abzumeſſen, damit in zweiter Linie dieſe fides bona für den Beklagten ſelbſt als das juriſtiſch maaßgebende Normativ ſeiner Pflichten erklärt, ſomit aber die Tragweite hat, ſolche fides bona mit dem Werthe und der Geltung eines Rechtsgeſetzes zu bekleiden.

Sodann ward um das Jahr 550 die a. ex locato conducto operis oder operarum geſchaffen, ſowie in der erſten Hälfte des 7. Jahrhunderts die a. ex locato cond. rei aus der a. ex empto vend. von der Theorie ausgeſchieden (Beil. XXI § XXII).

1332) So wenig dieſe Prädicirung honorarium demjenigen Sinne entſpricht, den die folgende Periode techniſch damit verbindet, inſofern dieſe auf die Provenienz des maaßgebenden Rechtsſatzes, nicht aber der Proceßformel ſolche Prädicirung der bezüglichen Klage ſtützt, ſo wird doch in jener älteren Bedeutung der Ausdruck auch noch anderweit verwendet, ſo z. B. bezüglich der exceptio: Keller Civ. Pr. A. 373.

Darauf wurden durch das vom Prätor C. Caſſius Longinus im Jahre 627 proponirte Edict Pacta conventa die a. pro socio und mandati prätoriſcher Seits anerkannt und mit formula verſehen (§ 117).

Und endlich wurden, worauf weiter unten zurückzukommen iſt, noch die a. negot. gest., fiduciae, tutelae und reſp. fin. regund., wie pigneraticia reſp. neu geſchaffen, wie insgeſammt mit jener Formel der a. ex empto vend. ausgeſtattet.

Die bona fides jener formula nun iſt an und für ſich nur das ſubjective Correlat des von den boni mores getragenen Geſetzes der fides: Treu und Glauben nach dem Maaßſtabe römiſcher National-Anſchauung und -Sitte (A. 1240), und demnach an ſich nur berufen, für gegebene Verpflichtungen in Bezug auf die Exiſtenzfrage: für deren Begründung oder Wiederaufhebung eine Norm darzubieten. Allein indem in der obigen formula die fides bona auch dazu berufen wird, über den öconomiſchen Gehalt: über Inhalt und Umfang der Verpflichtung als Regulator zu dienen, ſo tritt nun inſoweit die fides zugleich in jene anderweite Function ein, die von Alters der aequitas in ihrer urſprünglichen Bedeutung zukam,[1333]) und geſtaltet ſich damit in einer viel

---

1333) Vgl. § 100. Und ſo nun Cic. Top. 17, 66: in omnibus — iis iudiciis, in quibus „Ex fide bona“ est additum —, parati esse debent (sc. JCti): illi — fidem bonam, illi aequum bonum tradiderunt; Afric. 9 Quaest. (D. XL, 4, 22): rationem argenti reddere iussus (sc. servus testamento), in quem modum intellegendus sit condicioni paruisse id est an, si quaedam vasa sine culpa eius perierint atque ita reliqua vasa heredi bona fide adsignaverit, perveniat ad libertatem? — sufficere, si ex aequo et bono rationem reddat; und dann A. 411, Gai. III, 137. 3 Aur. (D. XLIV, 7, 5. pr.); Tryph. 9 Disp. (D. XVI, 3, 31), Diocl. im C. Just. IV, 37, 3 u. a. m., insbeſondere auch Afric. 2 Quaest. (D. XXVIII, 5, 46): mandati actionem — patri inutile fore, quia non fit ex bona fide id ei restitui etc. und Weiteres bei Birkmeyer, Exceptionen § 18. Aus ſolcher Extenſion der functionären Bedeutung und Beziehung der fides erklären ſich auch gewiſſe ſcheinbare Widerſprüche der Quellen; denn ſo verhält ſich zur bona fides als Treu und Glauben die diligentia als coordinirte Pflichtenſphäre: Paul. sent. rec. I, 4, 1; inſoweit dagegen die bona fides in der obigen erweiterten Beziehung auftritt, umfaßt ſie die diligentia als eine der mehreren ihr inliegenden Pflichtgebote unter ſich: Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. pr. XVII, 2, 52. § 1. 2); vgl. Beil. VII A. 25. — Bona fides als

weiteren Beziehung zu ſolchem Correlate der boni mores. In beiderlei Beziehung aber iſt es die bürgerliche Sitte und Volksanſchauung, welche den Maaßſtab von Recht, wie Pflicht des Intereſſenten ergiebt, ſo daß ſolche Norm ein ganz unmittelbar nationales Gepräge an ſich trägt, in keiner Weiſe dagegen in unmittelbarer Abhängigkeit ſteht von ſpeculativen Prämiſſen oder moraliſchen Poſtulaten. Und ſo daher erklärt ſich, wie bei emtio vend. z. B. einerſeits das in pretio se circumvenire geſtattet (A. 736), die mora dagegen verpönt iſt (§ 112).

Indem nun aber durch die obige formula die fides bona oder die boni mores oder die aequitas mit dem Werthe und der Geltung eines Rechtsgeſetzes bekleidet werden, ſo fehlt gleichwohl ein überlieferter eigener Codex der bezüglichen Geſetze der boni mores, indem vielmehr die betreffenden Poſtulate lediglich im Wege mündlicher Tradition, wie practiſcher Uebung in Kenntniß ſich erhielten. Und ſo nun erweiſt ſich jenes Verfahren der Ertheilung einer derartigen Proceßformel als die unmittelbarſte Anknüpfung an Verhältniſſe und als die einfachſte und naivſte Weiterentwickelung von Zuſtänden, welche bis zu Einführung jener Formel im römiſchen Lebensverkehre hiſtoriſch überliefert waren: indem in dem erſten Zeitabſchnitte die emtio venditio als einfaches Lebensgeſchäft einzig und allein der Sphäre der boni mores anheimfiel und in deren Geſetzen: der fides, wie aequitas ſein Fundament und Normativ fand (§ 36 fg. 101. Beil. XXI A. 209), ſo behielt man nun, als gegen Mitte des 6. Jahrhunderts die emtio vend. aus jener Sphäre in das Rechtsgebiet übergeleitet ward, jenes alte Fundament der fides, wie aequitas einfach bei, daſſelbe nur inſofern umwandelnd, als man dieſe fides, wie aequitas ohne Weiteres zur Rechtspflicht erklärte, ohne im Uebrigen auf legislativem Wege, ſei es durch lex oder durch Edict die maaßgebenden Normen jenes neu conſtituirten Contractes in Geſtalt von Rechtsſätzen zu verlautbaren: man bekleidete einfach die von den boni mores getragenen bezüglichen Poſtulate mit der Function von Rechtsſatzungen, denſelben Klagbarkeit zuerkennend. Gerade dieſes

---

Regulator der bon. fid. negotia wird bekundet durch Plaut. Most. III, 1, 138 fg. Bacch. IV, 4, 100. Cic. Top. 10, 42. p. Quinct. 6, 16. p. Rosc. com. 6, 16. Alf. 4. Dig. epit. (D. XVIII, 1, 4. pr.).

Verfahren aber, ſo primitiv und naiv daſſelbe iſt, war einerſeits durch den hiſtoriſchen Proceß an ſich der Klagbarmachung der emtio vend. ohne Weiteres bedingt: denn indem die Volksanſchauung der emt. vend. eine „opinio necessitatis“ unterlegte und, deren Klagbarkeit erfordernd, dieſelbe zum gewohnheitsrechtlichen Rechtsinſtitute erhob, und indem ſodann wiederum die Interpretatio, ſolche Auffaſſung vertretend, die geeignete Klagformel nachwies, während der Prätor dem entſprechend nun auch ſolche Formel dem Kläger wirklich ertheilte (§ 53. Beil. XXI § XXIII), ſo konnten nun für ſolchen neu conſtituirten Contract die bezüglichen Rechtsnormen in der That gar nicht auf anderem Wege gewonnen werden, als indem man die bisher dabei in Uebung geweſenen Verkehrsuſancen der bürgerlichen Sitte gleich als Gewohnheitsrecht beibehielt und ſanctionirte, während andrerſeits wiederum die Thatſache, daß man ſolchen Weg überhaupt einſchlagen konnte, beweiſt, in welch hohem Grade das Geſetz der boni mores zu Rom eine objective Gewißheit und Sicherheit und ſelbſt für Detailfragen eine exacte Beſtimmtheit in ſich trug, ſo daß daſſelbe ohne erheblicheres Bedenken und ohne ernſtere Gefahr für die Sicherheit des Rechtsverkehres gewiſſermaßen en bloc mit dem Werthe eines Rechtsgeſetzes bekleidet werden konnte (§ 101).

Immerhin aber beruht einerſeits die functionäre Herrſchaft des Geſetzes der fides bona über die betreffenden Rechtsverhältniſſe, analog wie bei den arbitria legitima (§ 102), von Vorn herein nur auf der in der Klagformel ausgeſprochenen beſonderen Berufung hierfür, während andrerſeits wiederum auch in ſolcher Function die Natur der fides bona als Correlat der boni mores noch inſoweit in Geltung ſich behauptete, als die ſpäter geſchaffenen bon. fid. actiones pro socio, mandati, wie depositi famosae ſind, ſomit alſo die Erfüllung der bezüglichen Obliegenheiten doch nicht einfach als Rechtsgebot, ſondern zugleich auch als Sache einer ächten Ehrenpflicht angeſehen ward.

Im Uebrigen aber ward bei jenem Proceſſe der Klagbarmachung der emt. vend. die von der gegenwärtigen Periode bei doctrineller Schaffung neuer Klagen allgemein beobachtete Methode, durch interpretativen Anſchluß an eine gegebene Klage ein legales Fundament für die neue Klage zu gewinnen, ebenfalls zur An-

wendung gebracht, indem man einestheils, wie obbemerkt, die a. ex emto vend. an die a. ex stipulatu anlehnte, da die arbitria legitima, weil Legisactions-Klagen, wie iuris civilis einen geeigneten Stützpunkt nicht boten, anderntheils aber auch die Contracte des ius gentium dogmatisch an das pactum legitimum der XII Tafeln anknüpfte (§ 114).

Jener Vorgang selbst der Constituirung der emtio vend. als Contract des ius gentium bildet nun den Ausgangspunkt einer schöpferischen Thätigkeit, in welcher das Recht im großen Ganzen nach ganz neuen Richtungen und Tendenzen, unter völlig abweichenden Ideen und Principien, zu durchaus fremden Gestaltungen und Satzungen sich entwickelte und namentlich das ius gentium selbst unter reichster, vielseitigster und tiefsinniger Cultur zu einer dem ius civile ebenbürtigen Potenz gestaltet wurde. Insbesondere aber auf dem Gebiete des Contractsrechtes gab jener Vorgang dem gegenwärtigen Zeitraume den Anstoß zu einer Rechtsproduction, die nach einer zwiefachen Richtung hin sich bewegte: theils die Zahl der bon. fid. negotia vergrößernd, theils die Rechtssätze selbst schärfer präcisirend, vermehrend und erweiternd, auf denen die mannichfachen Functionen der bon. fid. actiones beruhen.

Und zwar, was zuvörderst den ersteren Punkt anbetrifft, so ist es ein dreifältiger Weg, den hierbei die Rechtsbildung einschlägt. Denn indem zunächst der wesentliche Thatbestand der Contracte immer schärfer und bestimmter präcisirt und durch Zufügung neuer wesentlicher Merkmale enger und enger begränzt ward, so gelangte man auf solchem Wege der Determinirung nicht allein zu neuen Gränzbestimmungen zwischen den gegebenen Contracten,[1334]) sondern auch zur Ausscheidung neuer, selbstständiger Contracts-Individualitäten aus der Sphäre eines älteren Con-

1334) So Fragen wegen Auseinandersetzung von emt. vend. und loc. cond. rei bei Trebat. und Lab. in Jav. 5 ex Post. Lab. (D. XVIII, 1, 79); vgl. Paul. 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 4); dann wieder Beil. XXI bei A. 202. Sodann Auseinandersetzung von loc. cond. operis und operarum, sowie beider gegenüber der loc. cond. rei: Beil. XXI § XXII. Nicht minder Auseinandersetzung von loc. cond. operarum, mandatum und Obligation auf entgeltliche Leistung von facta, quae locari non solent: Cic. de Off. I, 42, 150. Veteres bei Ulp. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 1. pr.); vgl. § 127.

tractes. Und auf ſolche Weiſe nun wurden aus der emtio vend. zunächſt um 550 die loc. cond. operis oder operarum und in der erſten Hälfte des 7. Jahrhunderts die loc. cond. rei, wie in der nächſtfolgenden Periode die permutatio und in der letzten Periode der contractus emphyteuticarius ausgeſchieden.

Sodann wurden im Wege der Induction: der Rechtsanalogie neue bon. fid. negotia mit der bon. fid. a. verſehen, wie ſolches im Jahre 627 mit der a. pro socio und mandati und 672—710 mit der a. neg. gest. beſchah,[1335a]) wozu dann nach 710 noch die a. pigneraticia trat,[1335]) während wiederum das commodatum und depositum als bon. fid. negotia und Träger einer bon. fid. a. der gegenwärtigen Periode noch unbekannt, vielmehr erſt noch als pacta praetoria und mit a. in factum concepta klagbar ſind (A. 1497). Und zwar verfuhr die Rechtsbildung hierbei in der Weiſe, daß ſie jene neuen Contracte oder Quaſicontracte entſprechend den ſocialen Verkehrsfiguren individualiſirte, wie ſolche, in dem nationalen Geſchäftsleben zu Tage tretend, nach Maaßgabe der darin ausgeprägten Intereſſen-Proportionen von der Volksanſchauung als Geſchäftsindividualitäten begrifflich erfaßt und überliefert waren (§ 127).

Und endlich wurden neue bon. fid. negotia auf dem Wege geſchaffen, daß auf gewiſſe alte arbitria die bon. fid. a. übertragen

---

1335a) Beil. XXI § XXIII. § 117. Insbeſondere die a. neg. gest. geht aus von der gestio des Proceßprocurator, der zu Cicero's Zeit eine neue Inſtitution iſt: er iſt, da die Beſtellung unſolenn erfolgt, ſelbſtverſtändlich jünger als der cognitor (vgl. A. 405): Buchholtz zu fr. Vat. p. 336. Keller, Civ. Pr. A. 635 fg., findet ſich aber bereits bei Cic. p. Quint. 6, 27—7, 29 19, 60—21, 68. p. Caec. 20, 57. ad. Att. XVI, 15, 2. Brut. 4, 17. An dieſen procurator nun ward, wie in A. 478 dargelegt, zwiſchen 678 und 710 die a. neg. gest. angeknüpft: Cic. Top. 10, 42. 17, 66; vgl. Trebat. und Ofil. bei Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 22. § 10). Dem Qu. Mucius iſt dieſelbe nach Cic. de Off. III, 17, 70 noch unbekannt (vgl. A. 1030). Insbeſondere bei Pomp. 21 ad Qu. Muc. (D. III, 5, 11) iſt an eine Sentenz des Qu. Mucius gar nicht zu denken: Pomp. trägt eben die gemeine Meinung der Theorie vor und gedenkt dabei einer von Procul. ausgeſprochenen Beſchränkung, auf das Genaueſte ſo, wie z. B. Ulp. 10 ad Ed. (D. cit. 3. § 8. 9).

1335) Die a. pigneraticia iſt als bon. fid. a. im J. 710 ſicher noch nicht conſtituirt (A. 478); ihre früheſte Erwähnung bietet Alf. 5 Dig. a Paul. ep. (A. 1381); im Uebrigen vgl. A. 1495, ſowie Danz, R. G. § 152 unter b 4.

ward, ſo daß dieſelben ebenſo als arbitria legitima in Form der leg. a., wie auch als arbitria honoraria im Formularproceſſe durchgeführt werden konnten, eine Thatſache, welche bezeugt iſt für die a. fiduciae und tutelae,[1336]) wozu noch die a. fin. reg. als Bagatellklage der lex Mamilia von 644 kommt,[1337]) während, was die übrigen arbitria legitima betrifft, ſolche Umgeſtaltung bezüglich der rei uxoriae, familiae herciscundae, communi dividundo und fin. reg. als Ordinarklage erſt in der folgenden Periode ſich vollzog,[1338]) dagegen bezüglich der litis aestimandae, legis Plaetoriae, aquae pluviae arcendae, ſowie wegen damnum infectum (§ 102. 125) niemals eintrat.

Hieraus allenthalben aber erklärt ſich zugleich, daß einestheils alle bon. fid. negotia mit der gleichen Klagformel in intentio und condemnatio bekleidet ſind, vielmehr lediglich in der demonstratio deren ſpecifiſche Unterſchiede zum Ausdrucke gelangen, ſowie daß anderntheils in dem gegenwärtigen Zeitraume anfänglich nur auf Conſenſualcontracte die bon. fid. a. übertragen wird, weil für die Realcontracte das zu ſolcher Uebertragung erforderliche tertium comparationis fehlte, demgemäß die pigneraticia erſt zu Ausgang dieſer Periode geſchaffen, die commodati und depositi vorerſt nur durch das honorariſche Edict mit a. in factum concepta verſehen und erſt auf Grund deſſen in der nächſten Periode auch mit bon. fid. a. ausgeſtattet werden (§ 126).

Was ſodann die jene bon. fid. negotia regelnden Rechtsſätze anbetrifft, ſo lag der ſcheinbar nahe liegende Ausweg, auf dieſelben zugleich mit der intentio der a. ex stipulatu auch deren an die fides bona angeknüpfte Ordnungen zu übertragen, in

---

1336) Qu. Muc. bei Cic. de Off. III, 17, 70; Cic. de N. D. III, 30, 75. Top. 10, 42.

1337) Voigt in Ber. d. ſächſ. Geſ. d. Wiſſ. Phil. hiſt. Cl. 1873. S. 83.

1338) Dies ergiebt bezüglich der a. fin. reg. Cic. de Leg. I, 21, 55 und iſt zu entnehmen für die a. comm. aus Cic. p. Rosc. com. 4, 11. 12 und danach gewiß auch für die a. fam. herc. vgl. A. 1306. Eigenthümlich liegen die Verhältniſſe bei der a. rei uxoriae: einerſeits iſt aus Cic. Top. 17, 66 doch zu entnehmen, daß dieſelbe noch nicht bon. fid. a. war, und andererſeits hat ſolche Klage ſicher bereits jetzt dem ius gentium angehört: A. 1831. Thl. II, 653; daraus aber iſt zu entnehmen, daß im edict. peregrinum dieſelbe jetzt bereits als bon. fid. a. proponirt war. Gleiches könnte aber auch bezüglich der a. comm. div. der Fall geweſen ſein.

Wahrheit doch ſehr fern, da ja die Stipulation einen einſeitigen Vertrag enthält, welcher, dem strictum ius angehörig und nur auf Grund der doli clausula in das aequum et bonum übergeleitet, nur innerhalb der Wirkungsſphäre ſolcher Clauſel der aequitas ſich unterſtellt. So daher fiel der Rechtsbildung die Aufgabe zu, auf anderem Wege für die emtio vend. und weiterhin für die übrigen bon. fid. negotia die ordnenden Rechtsſätze zu ſchaffen, eine Aufgabe, deren Löſung um ſo unabweisbarer war, als einestheils mit dem Conſenſualcontracte des ius gentium das römiſche Recht zuerſt weſentlich zweiſeitige Contracte kennen lernte, indem das strictum ius nur weſentlich einſeitige kannte, in den arbitria legitima aber lediglich unweſentlich zweiſeitige Contracte ſich vorfanden (A. 1269), und da anderntheils alle bon. fid. neg. die gleiche intentio, wie condemnatio hatten, ſo daß die Klagformel ſelbſt durchaus keinen Anhalt für eine juriſtiſche Subſtantiirung der verſchiedenen Geſchäfts-Individualitäten darbot. Dieſe Rechtsſatzungen ſelbſt aber, wie Rechtsquellen ſind in § 110 fg. eingehender in Betracht zu ziehen.

§ 110.

Fortſetzung.

Die Rechtsquellen der bon. fid. actiones.

Wie in Thl. II § 79 dargelegt, trat das ius gentium im Allgemeinen „in groben und allgemeinen Umriſſen hervor aus dem Verkehre und Leben des Volkes, in den mores ſich offenbarend und als consuetudo zum Rechte ſich geſtaltend; die prudentes ergriffen ſodann formend und veredelnd, verbindend, ſcheidend und determinirend jene rohe Maſſe und wurden ſo das Organ, welches in den responsa und ſomit in einer überwiegend caſuiſtiſchen Weiſe jenen Stoff verarbeitete und weiter ausbildete; die Prätoren aber liehen im Weſentlichen nur den durch mores und responsa bereits als Recht verlautbarten Poſtulaten ihre ausführende Hand.“ So daher vermittelt ſich auch für die bon. fid. negotia im Beſonderen die Rechtsbildung durch die mores,[1339]

1339) Boëth in Cic. Top. 378: in his igitur iudiciis, in quibus additur, ut „ex bona fide“ iudicent, — — considerantur mores; vgl. Beil. XXI A. 209.

deren Poſtulate nun durch die Reſponſen der Rechtsgelehrten, wie durch die forenſiſche Spruchpraxis beſtimmter formulirt und fixirt werden,[1340]) wie endlich zu Ausgang dieſer Periode in einzelnen Lehrbegriffen eine theoretiſche Behandlung Seitens der Wiſſenſchaft erfahren, wogegen das prätoriſche Edict theils nur das Ueberlieferte beſtätigend eingreift: in dem Edicte Pacta conventa quae nec vi nec dolo malo, theils aber auch in einzelnen Punkten in die Sphäre des Proceſſes eingreift: in der Uebertragung des iusiurandum in litem auf die bon. fid. actiones (§ 114).

Der normative Stoff ſelbſt aber, welcher ſo durch Gewohnheitsrecht und Recht der Wiſſenſchaft zu Rechtsſatzungen ausgeprägt ward, wurde nach Thl. II § 80 fg. entlehnt theils peregrinen, theils römiſchen Volksanſchauungen und Lebensordnungen: bürgerlicher Sitte und Verkehrsuſancen, wie Rechtsordnungen, woneben dann zu Ausgang dieſer Periode auch noch die ſpeculative Behandlung der Rechtswiſſenſchaft eine eigene Bedeutung gewinnt, inſofern ſie durch ihre Ergebniſſe, wie Methode auch jene Stoffmaſſe beeinflußt.

Was nun zunächſt das peregrine Rechtselement anbetrifft, ſo iſt, wie in Thl. II § 81 dargelegt, deſſen Einfluß auf das ius gentium vornämlich ein indirecter: indem die Römer mit peregrinen Volksanſchauungen und Rechtsordnungen bekannt wurden, ſo gab ſolches den Impuls zu Neubildungen im ius gentium, bei denen jenes peregrine Element zu römiſchem Rechte verarbeitet wurde. Und in dieſer Modalität werden wir namentlich den helleniſtiſchen Rechten einen nicht unbedeutenden Einfluß auf die jüngeren bon. fid. negotia beizumeſſen haben, ſo z. B. auf locatio conductio mit ihren beiden Unterarten als rei und als operis oder operarum.[1341]) Allein andererſeits fehlt es auch nicht an Beiſpielen directer Reception von peregrinem Rechte, wohin namentlich die aus Großgriechenland entlehnte puniſche arrabo oder arrha, ingleichen die lex Rhodia de iactu mit ihren ſo

---

1340) So auch bezüglich der arbitria legitima Cic. de Off. III, 17, 70: qui sint „boni“ et quid sit „bene agi“ magna quaestio est. Das Nähere ſ. § 112.

1341) Beil. XXI § XXII; vgl. Meier und Schömann, attiſch. Proc. 529 fg.

ungelenk in die a. ex loc. conducto eingefügten Klagen, nicht minder aber auch die, wohl ebenfalls dieſer lex entſtammende a. oneris aversi gehören.[1342])

Dahingegen die römiſchen Verkehrsgewohnheiten und Volksanſchauungen ſelbſt ergeben das reichhaltigſte und ergiebigſte Element, aus welchem das ius gentium ſeinen Nahrungsſtoff zog; denn „indem das ius gentium aus dem geſchäftlichen Verkehre Roms in naturgemäßer Entfaltung erwuchs, ſo mußte der Stoff, aus welchem daſſelbe ſeine normativen Diſpoſitionen entnahm, mit Nothwendigkeit zunächſt durch die Ideen und Anſchauungen geboten ſein, welche durch die Ueberzeugung von der Billigkeit der geſtellten Poſtulate den Trägern jenes Verkehrs ſich aufdrängten und als das aequum et bonum denſelben vorſchwebten. Daher nimmt das ius gentium von Born herein in unverfälſchtem Kindſchaftsverhältniſſe ſeinen Ausgang von der römiſchen Nationalanſchauung: es tritt als ächtes und eingeborenes Kind des Volksgeiſtes in das Leben, beſtimmt in ſeinen Normen durch die Anforderungen und leitenden Ideen des Letzteren“ (Thl. II § 80).

Ein Theil jener leitenden Volksanſchauungen aber war zum Zeitpunkte der Ausbildung der bon. fid. negotia bereits durch rechtsverwährte Uebung und Spruchpraxis conſolidirt, wie von der Rechtswiſſenſchaft als gültige Rechtsſatzung anerkannt und als iure civili receptum feſtgeſtellt: durch die Verkehrspraxis nämlich und die Rechtspflege in den arbitria legitima, wo durch langjährige Uebung und feſte Tradition ein wohlfundirter Fonds an Satzungen und Maximen über den vom aequum et bonum gegebenen öconomiſchen Gehalt der betreffenden Rechtsverhältniſſe, wie eine ſichere Routine in der practiſchen Handhabung und Anwendung jener Normen im Lebensverkehre ſich herausgebildet hatte und die ſo gewonnenen Ordnungen als etwas Durchgearbeitetes und Fertiges den neu geſchaffenen bon. fid. negotia zugebracht und zur Verfügung geſtellt wurden. Und nach ſolchem Vorgange war ſomit für die bon. fid. a. die Ver-

---

1342) Dies iſt der receptus mos: Fest. p. 289: receptus mos est, quem sua sponte civitas alienum ad scivit. Wegen der arrha vgl. Schrader zu J. Just. p. 533. Rein, Pr. Rt. 350 A. 1; wegen der lex Rhodia: Thl. II A. 781.

wendung prädeſtinirt theils als Schädenklage wegen verſchuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, wegen dolus malus und wegen vis, theils als Bereicherungsklage wegen des mittelſt der res debita vom Schuldner gemachten Zwiſchengewinnes, theils endlich als Organ der beiderſeitigen Partei-Intereſſen, berufen vornämlich, ipso iure dergleichen Gegenanſprüche des Beklagten auf Schadenerſatz oder Reſtitution der Bereicherung, nicht minder aber auch den Gegenanſpruch wegen aufgewendeter impensae necessariae defenſiv zur Geltung zu bringen (§ 102).

Und ſodann ein anderer höchſt wichtiger Beſtandtheil an jüngeren Rechtsanſchauungen fand in dem ädiliciſchen Edicte über den Marktverkauf von mancipia und iumenta ſeine Ausprägung und gelangte ſo nun zu einem mitbeſtimmenden Einfluſſe auf die Entwickelung der bon. fid. actiones. Und zwar bietet jenes Edict, welches in der Mitte des 6. Jahrhunderts proponirt ward[1343]) und ſomit nicht allein neben den Edicten über die exc. rei venditae et traditae und iusti dominii, wie über die publicianiſchen Klagen eines der älteſten Producte der honorariſchen Rechtsſchöpfung iſt,

---

1343) Vgl. Beil. XXI A. 102. Auf dieſes Edict weiſt hin Plaut. Capt. IV, 2, 43, wo, nachdem der eine Redner Drohungen wider gewiſſe Händler wegen deren gewinnſüchtigen Gebahrens ausgeſtoßen hat, der Andere entgegnet: edictiones aedilicias hic habet und damit vergleichungsweiſe auf das ädiliciſche Edict hinweiſt, durch welches das gewinnſüchtige Gebahren der Marktverkäufer von mancipia und iumenta bedroht wurde: vgl. Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 1. § 1); verbindet man nun damit Plaut. Men. IV, 2, 25 fg.: apud aediles pro eius (sc. clientis) factis — dixi causam etc., ſo iſt hieraus allenthalben zu folgern, daß damals bereits das obige Edict proponirt war: Vissering, Quaest. Plaut. II, 36 fg. Und zwar iſt aus der Thatſache, daß Plaut. Anſpielungen gerade auf die neueſten hiſtoriſchen Vorgänge und insbeſondere auf legislative Erlaſſe der jüngſten Zeit liebte, zu entnehmen, daß jenes Edict damals erſt neuerdings proponirt war. Da nun die Captivi ſicher nicht vor den letzten Jahren des zweiten pun. Krieges abgefaßt worden ſind, ſo rechtfertigt ſich daraus die obige Datirung. Im Uebrigen wird jenes Edict erwähnt von M. Porcius Cato Licinianus († 602) bei Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 10. § 1), Cic. de Off. III, 17, 71. 23, 91. Trebat. bei Ulp. cit. (D. cit. fr. 6. § 1. fr. 12. § 4. fr. 14. § 3) und bei Paul. 2 ad Ed. aed. (D. XXI, 2, 56. § 7), Ofil. bei Ulp. cit. (D. cit. fr. 8. pr. 10. pr. 17. pr. 38. § 7). Ueber das Edict ſelbſt vgl. die in A. 1352 Citirten.

folgende für die Geſchichte der bon. fid. negotia einflußreiche Beſtimmungen:

A. der Verkäufer iſt verpflichtet zur ſchriftlichen pronuntiatio von morbi und vitia, welche mittelſt Täfelchen, den feilgebotenen mancipia und iumenta anzuhängend, zu bewerkſtelligen iſt[1344]), und zwar bei Vermeidung der a. redhibitoria oder quanti minoris[1345]). Daran knüpfte ſodann das Edict theils die Clauſel in Dig. XXI, 1, 1. § 1:

Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus, wozu vgl. Cic. de Off. III, 17, 71,

theils eine im edictum perpetuum wieder ausgeſchiedene Clauſel, wonach die Verpflichtung zur pronuntiatio bei servi hereditarii wegfiel.[1346])

B. Der Verkäufer iſt verpflichtet, ebenſowohl wegen Eviction dann, wenn der Kauf nicht in Form der Mancipation, ſondern

1344) Wegen mancipia ſ. das Edict bei Gell. IV, 2, 1 und dazu das jüngere Edict in Dig. XXI, 1, 1. § 1. vgl. Beil. XXI. A. 102; dazu tritt Anzeige über das fugitivum noxave solutum non esse, wogegen die Clauſeln: Item si quod mancipium und Ne veterator in Dig. XXI, 1, 1. § 1. fr. 37 jüngere Zuſätze ſind, wie Cic. de Off. III, 17, 71 ergiebt. Wegen iumenta ſ. das jüngere Edict in Dig. XXI, 1, 38. pr. Iumentum ſteht noch im Sinne der XII Taf., ſo tab. I, 3. VII, 7. XII, 1: in der Bedeutung von Geſpann, ſomit von Zugthiere; vgl. Gell. XX, 1, 28. 30. Paul. 21 ad Ed. (D. VIII, 3, 7. pr.). Die ſpätere Zeit dagegen ſchied iumentum: Laſtthiere und armentum: Zugthiere, ſo z. B. Col. RR. VI praef. 3. Die Extenſion der obigen Rechtsordnung auf anderes „pecus“ in Dig. XXI, 1, 38. § 5 iſt additioneller Zuſatz ſpäterer Zeit. — Spätere Erweiterungen des Edictes ſind deſſen Extenſion: a. auf omne pecus; b. auf alle anderen Kaufobjecte: Lab. bei Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 1. pr.); c. auf Verkäufe, die nicht im Marktverkehre abgeſchloſſen werden: Clermont, ad Ed. aed. 36 fg. Spätere Einſchränkungen ſind: a. die Pflicht zur pronuntiatio von morbi und vitia fällt hinweg, wenn ſolche augenſcheinlich ſind: Caecil. bei Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 14. § 10); b. die morbi und vitia werden, inſoweit relevant, definirt: Schilling, Inſt. § 293 n. § 294 a—d; c. die scientia des Abkäufers hinſichtlich der morbi und vitia giebt dem Verkäufer exc. doli wider die ädiliciſchen Klagen wegen unterlaſſener pronuntiatio, ebenſo wie wegen vertragswidriger Qualität: Pomp. 23 ad Ed. (D. XXI, 1, 48. § 4).

1345) Vgl. Edict in Dig. XXI, 1, 1. § 1. Gai. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 28); Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. cit. fr. 31. § 21).

1346) Cic. de. Off. III, 17, 71: heredum alia causa est, wozu vgl. A. 1041. Irrig iſt die Beziehung bei Schilling, Inſt. § 299 q.

der einfachen Tradition vollzogen ward, als auch wegen zugesagter Fehlerfreiheit bei Verkauf von mancipia stipulatio duplae[1347]), bei Verkauf von iumenta aber stipulatio simplae[1348]) zu leisten, und ward für den Unterlassungsfall mit a. redhibitoria oder quanti minoris bedroht.

C. Aus dem zu Gunsten des Abkäufers vereinbarten, resolutiv gestellten pactum displicentiae ertheilte das Edict a. redhibitoria[1349]).

D. Bei a. redhibitoria, einer nach dem Vorbilde der Publiciana rescissoria organisirten Restitutionsklage[1350]), wird im Falle des Kaufes über mancipia zunächst

a. bezüglich des Abkäufers und Klägers implicite die Verbindlichkeit vorausgesetzt, das Kaufsobject selbst zu restituiren[1351]), und daneben ausdrücklich durch das Edict in Dig. XXI, 1, 1. § 1 die Verbindlichkeit auferlegt:

1347) Varr. RR. II, 10, 5 wonach diese Rechtsordnung nur Platz greift: si mancipio non datur; Ulp. 32 ad Ed. (D. XXI, 2, 37. § 1. vgl. pr.), 42. 46 ad Sab. (D. cit. 31. 32. pr.); vgl. Degenkolb in Ztschr. f. R. G. 1870. IX, 43 fg.

1348) Vgl. Ulp. 32 ad Ed. (D. XXI, 2, 37. § 1). Diese stipulationes simplae bietet Varr. RR. II, 5, 11. 6, 3. 7, 6. 8, 3. vgl. auch 1, 15. 2, 6. 3, 5. 4, 5. 9, 7 und Beil. XXI A. 104 fg. Bei Schlachtvieh fiel nach A. 1344 solche Stipulation hinweg: S. 208.

1349) Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 31. § 22. 24), Diocl. im C. Just. IV, 58, 4. Nur dann, wenn eine Zeitfrist für die Displicenz nicht gesetzt war, gab man a. in factum: Ulp. cit. (D. cit. § 22—24), welche letztere allein mit Unrecht von Schilling, a. O. § 299. qq. 334 m. statuirt wird; vgl. Paul. 2 ad Ed. (D. XVIII, 5, 6) sowie A. 1538 fg. Ein Beispiel von solchem pactum bietet Plaut. Merc. II, 3, 83 fg.

1350) Die a. redhibitoria ist principaliter weder Schädenklage, wie die a. de dolo, quod met. caus., de alienatione iudic. mut. c. facta, noch Bereicherungsklage, sondern ächte restitutoria, gerichtet auf doppelseitige d. h. für beide Interessenten wirksame Redintegrirung des Status quo ante: Jul. bei Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 23. § 7); Paul. 69 ad Ed. (D. cit. fr. 60). Daß sie nicht in dem Abschnitte der rest. in integr. eingeordnet ward, beruht darauf, daß sie nicht dem prätor. Edicte angehört.

1351) Bei casuellem Untergange des Objectes hat erst die spätere Jurisprudenz, so etwa Sabinus die redhibitoria zugelassen: Pomp. 23 ad Sab. (D. XXI, 1, 48. pr.); Ulp. 1. 2 ad Ed. aed. (D. cit. fr. 31. § 6. 11. 12. fr. 38. § 3); Paul. 11 ad Sab. (D. cit. fr. 47).

1. Si quid — post venditionem traditionemque [1352]) deterius emptoris opera familiaeve [1353]) eius factum erit, — — ut ea omnia restituat,

ſomit alſo wegen der verurſachten Deterioration des Reſtitutionsobjectes dem Empfänger deſſelben Schadenerſatz zu leiſten [1354]), wobei bezüglich der ſchädigenden Thätigkeit nicht die bei der cond. triticaria relevante Kategorie der mechaniſchen Beſchaffenheit als facere oder non facere (§ 98), ſondern vielmehr der cauſalen Beſchaffenheit: als opera oder Thäterſchaft, ſomit im Gegenſatze zu dem Zufalle adoptirt iſt: [1355])

Pomp. bei Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 21. § 3. fr. 23. pr. 31. § 9), 18 ad Sab. (D. cit. 46. 48. § 1); Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. cit. 23. pr. 25. pr. — § 8. fr. 31. § 11—13); Paul. 1 ad Ed. aed. (D. cit. 30. pr.), 11 ad Sab. (D. cit. 47. § 1); vgl. Ulp. 2 ad Ed. aed. (D. cit. 38. § 3).

2. Sive quid ex eo post venditionem natum, adquisitum fuerit et si quid aliud in venditione ei accesserit sive quid ex ea re fructus pervenerit [1356]) ad emptorem, ut ea omnia restituat, worin wiederum die Reſtitutionsverbindlichkeit auferlegt wird einestheils bezüglich der accessio venditionis: „si quid aliud in

---

1352) Noodt, Comment. ad Dig. h. t. in Oper. II, 450 lieſt traditionemve. Dieſe Leſung iſt theils widerſinnig: denn weder bei venditio ohne traditio, noch bei tradit. ohne vendit. greift die redhibitoria Platz; b. unkritiſch, weil den Handſchriften widerſprechend; c. quellenwidrig, da traditionemque von Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 25. pr.) bekundet wird. Nichts deſtoweniger wird von allen ſpäteren Bearbeitern des Edictes jene ſchlechte Leſung Noodt's nachgeſchrieben, ſo namentlich von Weyhe, libr. III Ed. p. 293. Glück, Band. XX, 16. A. Vernede, de aed. Ed. Trai. ad Rh. 1834. p. 15. van Reenen in den Tex, fontes III iur. p. civ. p. 95. C. A. J. de Clermont, ad ed. Aed. Rotterd. 1841. p. 80. Rudorff, Ed. perpet. p. 259.

1353) Procuratoris hinter familiae halte ich für einen jüngeren Einſchub.

1354) Solche Schadenerſatz-Leiſtung wird ſonach ausgedrückt durch deterius factum restituere.

1355) Der Gegenſatz aber von Dolus und Culpa wird erſt von den Späteren hierher gezogen: Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 25. § 5).

1356) Durch die Interpretatio der Republik wird dem pervenire ad emtorem gleichgeſtellt das culpa (Verſchuldung) emtoris non pervenire: Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 23. § 9), wozu vgl. A. 884. Jene drei Clauſeln paraphraſirt Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 2) durch accessiones et fructus emtor restituere cogitur.

venditione ei (sc. mancipio) accesserit" d. i. der mit dem Sclaven verkauften Nebenſachen, wie z. B. Kleider oder Schmuck[1357]), anderntheils bezüglich gewiſſer Stücke der omnis causa, nämlich des partus ancillae: „sive quid ex eo (sc. mancipio) post venditionem natum fuerit", ſowie des Erwerbes durch die Perſon des Sclaven: „sive quid ex eo (sc. mancipio) post venditionem adquisitum fuerit", ſo z. B. das dem Sclaven ausgeſetzte Erbtheil oder Legat, Verdienſt deſſelben, Miethpreis für denſelben; wie endlich drittens bezüglich der ſonſtigen Bereicherung, welche dem Abkäufer aus dem Kaufe erwuchs: „sive quid ex ea re (sc. emtione mancipii) fructus pervenerit ad emptorem", ſo das quadruplum der a. vi bon. rapt. wegen des am Sclaven begangenen Raubes oder Schadenerſatz, den der Abkäufer vom Verkäufer ſelbſt wegen verſchuldeter mora tradendi empfangen:

Gai. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 24); Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 2); Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 23. § 9. fr. 25. § 8. vgl. fr. 31. § 2—4); Paul. 1 ad Ed. aed. (D. cit. fr. 43. § 5); vgl. § 113.

b. Dagegen dem Verkäufer und Beklagten werden wiederum als Verbindlichkeiten auferlegt durch die Clauſeln

1. in Dig. XXI, 1, 25. § 9: [si — —] quanta pecunia pro eo homine soluta accessionisve nomine data erit, non reddetur cuiusve pecuniae quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur, [— — in simplum, — — in duplum iudicium dabimus]

theils die Reſtitution des empfangenen Kaufpreiſes ſammt Nebenſachen (A. 1357):

Gai. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 45),[1358])

theils die Liberation des Abkäufers, wie ſeines Bürgen von einer etwaigen Obligation auf Zahlung des Kaufpreiſes:

Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 29. § 1); ſowie

1357) Dieſe Interpretation wird geſichert durch die Worte des Edictes in Dig. XXI, 1, 25. § 9: Quanta pecunia pro eo homine soluta accessionisve nomine data erit, wie durch Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 23. § 1. fr. 31. § 19. fr. 33. pr. § 1) und Pomp. daſ.

1358) Dagegen die Präſtation von usurae legales beruht auf Rechtsſatz der ſpäteren Theorie: Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 27. 29. § 2).

2. in Dig. XXI, 1, 1. § 1: Si quas accessiones ipse (sc. emptor) praestiterit, ut recipiat (sc. a venditore)
die Reſtitution der von dem Abkäufer auf das Redhibitions-Object aufgewendeten Impenſen,[1359]) welche unter jenen „accessiones“ zu verſtehen ſind:[1360])

Ped. und Arist. bei Paul. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 30. § 1); Ulp. 1 ad Ed. vend. (D. cit. fr. 23. § 1. fr. 27. 29. § 2. 3).

E. Endlich war dieſe a. redhibitoria als a. arbitraria organiſirt, eine Structur, welche ebenſo die Edictclauſel unter D b 1, wie Gai. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 45) bekunden. Und indem dieſe Klage nach dem Vorbilde der a. auctoritatis (A. 861) dann auf Duplum ſich richtet, wenn beim Verkaufe von mancipia die stipulatio duplae für Eviction und zugeſagte Fehlerfreiheit rechtswidrig verweigert wird (unter B), dagegen in allen übrigen Fällen, wo ſie durch Verkauf von mancipia oder iumenta begründet wird, ſchlechthin nur auf das Simplum geht[1361]), ſo concipirt ſich nun ſolche a. in simplum nach der allgemeinen Structur der actiones arbitrariae, ſo daß die Nichtleiſtung des simplum einfach als negative Bedingung der condemnatio concipirt iſt, wohingegen die a. in duplum eine durchaus ſinguläre Conception hat, indem dieſelbe alternativ: auf Simplum für den Fall der Reſtitution der Präſtanda, und auf Duplum für den Fall von deren Nichtreſtitution förmelt,[1362]) demgemäß aber dahin ſich concipirt:

1359) Die ſpätere Rechtswiſſenſchaft ſubſumirt hierunter auch den vom Sclaven angerichteten Schaden: Sabin. bei Ulp. 39 ad Sab. (D. XLVII, 2, 17. § 2), Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 2), Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 23. § 8. fr. 29. § 3. fr. 31. pr.), Paul. 5 Resp. (D. cit. 58. pr. § 1).

1360) Schilling, Inſt. § 299 a. mißt dieſer Vorſchrift die ganz unmögliche Beziehung auf die accessiones unter a 2 bei, wogegen vgl. Glück, a. E. 68 A. 75. Wegen accessio, als Gratification der Lohnarbeiter ſ. lex oleae legundae und faciundae bei Cat. RR. 144, 5. 145, 3.

1361) Paul. 5 ad Sab. (D. XXI, 2, 2): si dupla non promitteretur (i. e. in mancipii venditione: A. 1347) et eo nomine agetur, dupli condemnandus reus est. Es wird dieſe Verſchiedenheit unter Anderen überſehen auch von Schilling, a. O. § 299 x.

1362) Gai. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 45): redhibitoria actio (sc. in duplum concepta) duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor; nam si neque pretium,

Quanti ea res erit, tantam pecuniam aut, nisi Num. Negidius Aul. Agerio, quanta pecunia pro eo homine soluta accesionisve nomine data erit, reddat eumve, qui eo nomine obligatus erit, liberet, tantae pecuniae duplum, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato, si non parret, absolvito [1363]).

Und zwar hat dieſe Reſtitutionsclauſel einen dreifältigen Effect: zunächſt den practiſchen Effect, daß der Beklagte noch zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil die Solution mit total oder reſp. partiell liberatoriſcher Wirkung nachholen und damit die Condemnation reſp. auf das Simplum oder Duplum abwenden kann; und ſodann den theoretiſchen Effect, daß dementſprechend der Lit. Cont. die novatoriſche Bedeutung verſagt und eine durchaus veränderte theoretiſche Stellung angewieſen wird [1364]); endlich aber

---

neque accessionem solvat, neque eum, qui eo nomine obligatus erit, liberet, dupli pretii et accessionis condemnari iubetur, si vero reddat pretium et accessionem vel eum, qui eo nomine obligatus est, liberet, simpli videtur condemnari.

1363) So nach Maßgabe des Edictes unter D b 1, wie von Gai. in A. 1362 und Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 29. § 2), vgl. Paul. in A. 1361. Anders Rudorff, Ed. perp. § 262; allein Gai. cit. ſagt nicht: simpli condemnatur, ſondern: simpli videtur condemnari d. h. die Condemnation auf Simplum war nicht explicite, ſondern implicite von der Leiſtung der Reſtitution abhängig gemacht. — Daß wegen der Impenſen nicht eine eigene Clauſel in die Reſtitutionsclauſel eingefügt ward, ſo etwa: si quas accessiones Aul. Agerius praestiterit, vielmehr dieſelben mit inbegriffen waren in der Clauſel: quanta pecunia — accesionis — nomine data erit bezeugt Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 27): „Dari" — non id solum accipimus, quod numeratur venditori, ut puta pretium et usuras eius, sed et si quid emtionis causa erogatum est. Somit iſt dieſer Clauſel ein Doppelſinn untergelegt: das accessionis nomine datum umfaßt ebenſo den gezahlten Kaufpreis für die accessio oder Nebenſache (A. 1357) wie die aufgewendeten accessiones oder Impenſen (A. 1360).

1364) Vgl. § 139 unter A, ſowie Keller, Civ. Pr. § 67, wo jedoch der Ausſpruch hiſtoriſch unrichtig iſt: „an die formula petit. ſchloß ſich aber die große Familie der arbitrariae actiones, in rem und in personam an"; vielmehr ſchloß ſich ſolche Klagengruppe an die redhibitoria an, welche, abgeſehen vom Interdictenproceſſe, die erſte und älteſte a. arbitraria iſt. Für die a. redhibitoria ſelbſt aber bot ſich ein entſprechendes Vorbild in der pronuntiatio de restituendo, welche in dem iudicium secutorium der a. ex cautione rei uxoriae auf Grund vertragsmäßiger Vereinbarung mit der richterlichen litis aestimatio ſich verband: § 107.

auch, daß bei dem Duplum den Beklagten das Alterum Tantum als reine Strafe: als poena temeritatis trifft (§ 78 unter 2 A c).

Alle jene Vorschriften aber des ädiliciſchen Edictes ſind von höchſter Wichtigkeit ebenſo als Zeugniſſe für die in der Mitte des 6. Jahrhunderts herrſchenden Volksanſchauungen im Allgemeinen über die Pflichtgebote der aequitas, als auch im Beſonderen für die Geſchichte der bon. fid. actiones: denn nicht nur daß das Edict mit den für die bon. fid. a. maaßgebenden Ordnungen der arbitria legitima bezüglich der Haftung wegen verſchuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, ſowie wegen des von der res debita gemachten Zwiſchengewinnes übereinſtimmt (unter D a), ſo bietet auch daſſelbe ebenſowohl das Vorbild für die Verwendung der bon. fid. a. auf Schadenerſatz wegen reticentia und wegen verweigerter stipulatio duplae vel simplae (unter A. B), und nicht minder auf Reſtitution der vom Kläger aufgewendeten Impenſen (unter D b 2), wie es anderntheils auch wiederum in den Diſpoſitionen unter D a und b 2 einen Anhalt gewährte für Beſtimmung des bei mora solvendi und accipiendi zu erſetzenden Vermögensſchadens, ſodann aber auch durch die Diſpoſition über das pactum displicentiae unter C für die Geſchichte der pacta adiecta von Wichtigkeit iſt, Momente, auf welche in § 113 eines Weiteren zurückzukommen iſt. Insbeſondere aber in jener Vorſchrift über die Leiſtung der stipulatio duplae vel simplae iſt der leitende Grundgedanke des XII Tafelrechtes vollſtändig aufgegeben, daß mit dem dinglichen Vollzugs- oder Eigenthumsübertragungs-Geſchäfte die Evictionshaftung ipso iure ſich verbinde, vielmehr ſolche an den Veräußerungsvertrag ſelbſt angeknüpft, eine Ordnung, welche von der ſpäteren Rechtsentwickelung mehr und mehr verallgemeinert ward (A. 1376. 1549 fg.).

Und ſodann gewinnt jene Structur der a. redhibitoria als arbitraria auch eine hohe rechtshiſtoriſche Bedeutung theils dadurch, daß nach ihrem Muſter und Vorbilde die große Familie der arbitrariae actiones innerhalb des ordo iudiciorum organiſirt wird, theils dadurch, daß von hier aus die in der zweiten Periode ſich vollziehende Umwandelung in der Bedeutung und civilrechtlichen Stellung der Lit. Cont. ihren Ausgang nimmt (§ 139).

§ 111.

Fortſetzung.

Die Rechtsquellen der bon. fid. actiones.

Neben jenem Fonds von Principien und Maximen, von Ordnungen und Sätzen, in denen, wie in § 110 dargelegt, die leitenden nationalen Ideen in Dingen des aequum et bonum theils durch die Rechtspraxis der arbitria legitima, theils durch das ädiliciſche Edict bereits in beſtimmterer Präciſirung und Ausprägung überliefert waren, verblieb jedoch der Volksanſchauung noch ein weiter Spielraum für Regelung der bon. fid. negotia, bedingt theils durch die Eigenthümlichkeiten dieſer Rechtsverhältniſſe, theils aber auch durch die veränderte Anſchauung der Zeiten, in welche die Conſtituirung der bon. fid. actiones fällt. Und inſoweit ruhen auch jetzt noch zahlreiche maaßgebende Poſtulate der bona fides ganz unmittelbar in der Volksanſchauung, gewahrt und erhalten durch bürgerliche Sitte und Verkehrsgewohnheit (A. 1339), wie durch mündliche Ueberlieferung und Erziehung, und bekundet und ausgeprägt in practiſcher Uebung, wie in Form von gnomiſchen Sentenzen.

Und ſo nun werden auch jetzt noch die aus ſolchem Wechſel der Verkehrsgeſtaltungen, wie nationalen Anſchauungen hervortretenden neuen Poſtulate der aequitas in bemerkenswerther Virtuoſität auf's Neue in der Form von ethiſchen Gnomen präciſirt und verlautbart, ja nunmehr, mit dem Werthe von Rechtsparömieen bekleidet, als regulae iuris auch in die Rechtslitteratur aufgenommen.[1365]) Und als ſolche dem gegenwärtigen Zeitraume entſtammende Gnomen kennzeichnen ſich z. B. die Sentenzen:

1365) So z. B. namentlich die regula Cutoniana, die allerdings nicht der Sphäre der aequitas angehört. Im Uebrigen vgl. wegen des theilweis hohen Alters der regulae iuris: Gothofred. Comm. in l. 1 D. de R. J. Sanio, Antiq. reg. iur. I, 5. 9. Zur Sache ſelbſt vgl. Sabin. bei Paul. 16 ad Plaut. (D. L, 17, 1): regula quasi causae coniectio est, und Paul. cit.: regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Dagegen der weitere Ausſpruch deſſelben: non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fit, entſpricht lediglich den Verhältniſſen der mittleren Kaiſerzeit. Im Allgemeinen vgl. Raevard, Oper. 1063 fg.

Non omne, quod licet, honestum est: Paul. 62 ad Ed. (D. L, 17, 144. pr.);

Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur: Gai. 2 ad Ed. urb. (D. L, 17, 55) oder: nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet: Paul. 64 ad Ed. (D. L, 17, 151);

Impossibilium nulla obligatio est: Cels. 8 Dig. (D. L, 17, 185); vgl. Ulp. 42 ad Sab. (D. L, 17, 31), 23 ad Ed. (D. L, 17, 135);

Quoties culpa intervenit debitoris, perpetuatur obligatio: Veter. bei Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 3);

Videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam non debuit auferre, moram facere: Veter. bei Tryph. 15 Disp. (D. XIII, 1, 20);

Non potest videri mora per venditorem emptori facta esse, ipso moram faciente emptore: Lab. 5 Post. a Jav. ep. (D. XIX, 1, 51. pr.);

Unicuique sua mora nocet: Paul. 6 ad Plaut. (D. L, 17, 173. § 2), wozu vgl. A. 1253;

oder im Beſonderen:

Ex quibus causis infitiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non potest: Veter. in J. Just. III, 27, 7;

Id quod ex iniusta causa apud aliquem est, potest condici: Veter. bei Ulp. 18 ad Sab. (D. XII, 5, 6);

Quidquid est in praedio viti, si venditor sciat, nisi nominatim dictum est, praestari oportet: Cic. de Off. III, 16, 65;

Per permutationem rerum emptio et venditio contrahitur: J. Just. III, 23, 2;

Perfecta emtione periculum ad emptorem respicit: Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 6, 8. pr.);

Voluntatis est suscipere mandatum, necessitatis consummare: Paul. 29 ad Ed. (D. XIII, 6, 17. § 3);

und ſo auch bezüglich der formula petitoria:

Bona fides tantundem possidenti praestat, quam veritas, quoties lex impedimento non est: Paul. 18 ad Ed. (D. L, 17, 136).

Jene leitenden Ideen der Volksanſchauungen und bürgerlichen

Sitte gewinnen aber ihre naturgemäßen Organe ebenſo in der richterlichen Spruchpraxis, wie in den responsa prudentium und werden ſo nun in jenem, wie in dieſem Kreiſe mehr und mehr geläutert, wie erweitert: in ihrem Denkgehalte erwogen und ęacter beſtimmt, in ihrer Sphäre fixirt und deutlicher begränzt, in ihren beſonderen Conſequenzen entwickelt und detaillirt, durch Analogie vermehrt und verallgemeinert. Denn in ſolcher Wirkſamkeit tritt uns das officium arbitri entgegen bei

Qu. Muc. in Cic. de Off. III, 17, 70: in his (i. e. bon. fid. iudiciis) magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret;

Cic. de Off. III, 15, 66: M. Cato — iudex ita pronuntiavit „cum in vendundo rem eam sciisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere.“ Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor;

Quint. J. O. VII 4, 35: in quo iudicio (sc. tutelae) solet quaeri, an alia de re quam de calculis cognosci oporteat, an fidem praestare debeat tantum, non etiam consilium et eventum;

und mit ſolcher Aufgabe finden wir auch die Jurisprudenz beſchäftigt, ſo

Sex. Aelius Paetus Catus und C. Livius Drusus bei Cels. 8 Dig. (D. XIX, 1, 38. § 1): si per emtorem steterit, quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servarii (vgl. A. 1373);

Qu. Muc. bei Cic. de Off. III, 17, 70: summam vim esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur „Ex fide bona“ fideique bonae nomen manare latissime;

Cic. Top. 17, 66: illi (sc. ICti) dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, quid socium socio, quid eum, qui negotia aliena curasset, ei, cuius ea negotia fuissent, quid eum, qui mandasset, eumve, cui mandatum est, alterum alteri praestare oporteret; 10, 42: ſ. A. 478;

wie nicht minder z. B. in den Definitionen des dolus malus von C. Aquilius Gallus bei Cic. de Off. III, 14, 60. de N. D. III, 30, 74 und von Serv. Sulpicius bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 2)

oder in der Weſenbeſtimmung der culpa von Qu. Mucius (§ 112); dann ferner in den mannichfachen auf die Gränzbeſtimmung der bon. fid. negotia gerichteten Unterſuchungen (A. 1335) oder in den Erörterungen über Inhalt und Umfang der dieſen Rechtsverhältniſſen inliegenden Befugniſſe und Verbindlichkeiten (§ 113), ſo z. B. von Qu. Muc. und Serv. Sulpicius bei Gai. III, 149. Paul. 6 ad Sab. (D. XVII, 2, 30) und J. Just. III, 25, 2 oder von Serv. Sulpicius bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 35. pr.) und Ulp. 32 ad Ed. (D. cit. fr. 15. § 2. fr. 19. § 1), von Trebat. bei Marc. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45), Ofil. bei Ulp. 2 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 38. § 7), Alf. Var. 3 Dig. a Paul. ep. (D. cit. fr. 30. pr. § 1) u. a. m.

Wenn ſo daher die Rechtsbildung der bon. fid. negotia aus dem Fonds der von der Volksanſchauung und bürgerlichen Sitte getragenen und gebilligten Handlungsmaximen, wie Verkehrsgewohnheiten ſchöpfte, ſo ſind doch andrerſeits dieſe Poſtulate der boni mores weder mit Einem Male, noch in allumfaſſender Maaße in Rechtsſätze umgewandelt worden, vielmehr beſchah ſolches theilweiſe niemals, theilweiſe nur allmählich. Denn ſo bietet in erſterer Beziehung ein belehrendes Beiſpiel Plaut. Pseud. I, 3, 139 fg., wo es als Gebot der fides hingeſtellt wird, daß bei Verwirkung der lex commissoria Seitens des Abkäufers der Verkäufer vor weiteren Diſpoſitionen über das Kaufobject noch abwarte, ob der Erſtere etwa noch genügende Entſchuldigungsgründe wegen ſeiner Mora beibringe,[1365]) ein Poſtulat, welches niemals als Rechtsſatz aufgenommen ward.

Jene Unterſuchungen der Rechtswiſſenſchaft über den Pflichtengehalt der bona fides ſind nun allerdings bis gegen Ausgang des gegenwärtigen Zeitraumes überwiegend caſuiſtiſch, entſprechend hierin der allgemeinen Haltung der Jurisprudenz jener Zeit, welche an dem Einzelfalle und zunächſt nur in Bezug auf denſelben den Gehalt des Rechtsbegriffes, wie Rechtsſatzes entwickelte; allein indem andrerſeits wiederum die Reſponſen dieſer Zeit in ſchriftlicher Aufzeichnung in die Rechtswerke eingeordnet wurden, ſo bildete ſich damit ebenſowohl ein Fonds von Sentenzen, welche immerhin ein umfaſſenderes Syſtem von abſtracteren Sätzen vor-

---

1365a) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 191.

bereiteten und anbahnten, während andrerſeits damit auch äußerlich eine wichtige Transſubſtantiation der für die bon. fid. negotia maaßgebenden Norm ſich vollzog: die einſchlagenden Sätze hoben ſich nicht allein äußerlich heraus aus der großen Maſſe der Poſtulate der mores, ſondern es hörte auch inſoweit das aequum et bonum auf, ein an ſich fremdes, völlig ſelbſtſtändiges und unabhängig neben dem ius ſtehendes Stück der ethiſchen Pflichten zu ſein, und trat vielmehr in die Sphäre des Rechtes ſelbſt hinein, hier nun eine eigen qualificirte Rechtsmaſſe: das bonum ius (A. 1245) begründend.

Endlich am Ausgange dieſer Periode empfing die Rechtswiſſenſchaft einen neuen Impuls, wie eine andere Methode für Behandlung jenes Lehrſtoffes durch die Philoſophie, welche auf doppeltem Wege der letzteren ganz neue Geſichtspunkte, wie friſchen Denkſtoff zuführte. Und zwar iſt es zunächſt die Rhetorik, welche in Bezug auf das Delictrecht in durcharbeitetem Syſteme eine abſtracte Behandlung der auch für die bon. fid. negotia wichtigſten, weil allgemeinſten Lehrbegriffe darbot. Indem nämlich die constitutio generalis oder iudicialis (Beil. XVII § II) eine pars assumptiva enthielt, bei welcher die Defenſion die Unzurechenbarkeit oder Entſchuldbarkeit des objectiv rechtswidrigen Thatbeſtandes geltend machte, und dieſe nun wieder unter Anderem als Defenſionsmodalitäten die remotio criminis, wie die purgatio umfaßte, bei deren erſterer die culpa oder Verſchuldung auf Seiten des Angeſchuldigten und bei deren letzterer die Exiſtenz einer Verſchuldung ſchlechthin geleugnet wird; indem ſodann letzteren Falles ſolche Leugnung geſtützt wird entweder auf fortuna oder ſpäter casus: auf den Zufall, oder auf necessitas oder necessitudo d. i. auf vis maior, oder endlich auf inprudentia oder ſpäter auch ignorantia, inscientia, error d. i. auf error facti und reſp., dafern der Dolus als weſentlicher ſubjectiver Thatbeſtand erfordert wird, auf Culpa;[1366]) und indem endlich alle dieſe Lehrbegriffe einer eingehenderen Behandlung und exemplariſchen Verwendung unterzogen werden; ſo gewann nun dieſer rhetoriſche Lehrſtoff für die Jurisprudenz dadurch eine hohe Bedeutung, daß er derſelben ein geläutertes und durcharbeitetes Begriffs-

1366) Vgl. Voigt, Bedeutungswechſel 9 fg. 22.

material darbot, welches zu einer Anwendung oder Verwerthung bei den Erörterungen der letzteren über die Erſatzpflicht der Vermögensſchädigung durchaus geeignet war und hierfür die maaßgebenden ſyſtematiſchen Kategorieen und theoretiſchen Geſichtspunkte, die leitenden Begriffe, wie allgemeinſten Urtheile ergab. Und daß nun in der That die Jurisprudenz von jenem rhetoriſchen Lehrmateriale in ſolcher Weiſe Gebrauch machte und dasſelbe im Intereſſe des Rechtes verwerthete, erſehen wir theils daraus, daß in dieſe Zeit ebenſo die dogmatiſchen Unterſuchungen über Zufall und Verſchuldung, über Dolus oder Culpa (§ 112), wie die prätoriſchen Rechtsmittel wegen dolus malus und vis (§ 116) fallen, im Uebrigen aber jene Lehrſätze ſelbſt der Rhetorik deutlich ausgeprägt in dem Civilrechte der nächſten Periode zu Tage treten.[1367])

Und ſodann iſt es das Philoſophem von dem ius naturale, deſſen Einfluß auf das ius civile: das poſitive Recht und zwar zunächſt in der Sphäre des ius gentium zu Ausgang dieſes Zeitraumes in zwar leiſen, aber deutlichen Spuren zu Tage tritt (Thl. I § 43): in die wiſſenſchaftlichen Operationen der Jurisprudenz beginnt nunmehr die natura negotii hineinzutreten gleich als ein a priori ſich darbietendes Anſchauungsobject (Thl. I § 53), welches, die Sondereigenthümlichkeiten je der mannichfachen bon. fid. negotia umfaſſend und tragend, gleichſam das doctrinelle Centrum ergiebt, von welchem aus ſo Radien, wie Peripherie zu ziehen: die individuellen theoretiſchen Beſonderheiten, wie die Sphäre jener negotia zu entwickeln ſind. Denn dieſe Methode der theoretiſchen Operation iſt es, welche bereits hervortritt bei

Qu. Mucius in Paul. 6 ad Sab. (D. XVII, 2, 30), Gai. III, 149. und J. Just. III, 25, 2: non potest societas ita coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat.

1367) Vgl. Voigt, a. O. 62. Im Einzelnen vgl. z. B. einerſeits Cic. de Inv. II, 33, 102: defensoris (sc. est petere), uti suum (i. e. accusati) animum, non eventum considerent, und andererſeits Quint. J. O. VII, 4. 35. cit.: an fidem praestare debeat tantum, non etiam consilium et eventum; Boëth. in Top. p. 378: inquiruntur consilia, statuitur, quibus quidque de causis administratum sit; und dann wieder Hadrian. bei Callistr. 6 de Cogn. (D. XLVIII, 8, 14): in maleficiis voluntas spectatur, non exitus, und Weiteres Voigt, a. O. 64 fg. 18 fg.

quod contra naturam societatis talis pactio est et ob id non est rata habenda.

Für alle ſolche doctrinellen Operationen hatte aber die Jurisprudenz einen um ſo freieren Spielraum, als die Clauſel Ex fide bona den Stützpunkt für die freieſte und ungehindertſte Bewegung der interpretativen Operation darbot (S. 285), ja in Wahrheit jedes der Volksanſchauung entſprechende Pflichtgebot der bona fides und dem bon. fid. negotium ſich einordnete.

§ 112.

Fortſetzung.

Die verſchiedenen Functionen der bon. fid. actiones.

Die bon. fid. a. verſieht eine vierfache Function: zuvörderſt als Contracts- oder Quaſicontracts-Klage auf Erfüllung der principiellen Obliegenheiten, nicht minder als Schädenklage, und ſodann als Bereicherungsklage, wozu dann endlich noch deren Function tritt, in voller Zweiſeitigkeit die Intereſſen auch des Mitintereſſenten zu wahren.

Was zunächſt nun jene erſte Function betrifft, ſo entſpricht dieſelbe bei Contractsklagen der voluntatis ratio: indem der bon. fid. contractus mit Ausnahme der fiducia ein unſolenner Rechtsact iſt, ſo vertritt die bona fides nach Maaßgabe von § 18 vor Allem den Conſens als das rechtsverbindliche Element. Und dieſer Satz erleidet in der Conſequenz, daß die bon. fid. a. zur Geltendmachung des ſo Vereinbarten dient, volle Geltung bezüglich des contractus an ſich. Dahingegen das pactum adiectum hat, entſprechend der dem pactum im Allgemeinen in dem älteſten Rechte zugewieſenen Stellung (S. 183), a priori nur die Tragweite, eine ipso iure zur Geltung gelangende Einrede (A. 1089), nicht aber die bon. fid. a. zu begründen. Von dieſer Conſequenz wird jedoch in dem einen Punkte abgewichen, daß dasjenige pactum adiectum, welches directe Beſtimmungen über die Modalität der Solution an ſich oder Vorſchriften über das Gebahren des Schuldners mit dem im Eigenthume des Gläubigers verbliebenen Vertragsobjecte verlautbart, die bon. fid. a. erzeugt, wie dies bekundet wird in erſterer Beziehung für die a. ex emto

vend. ebenſowohl in Betreff der dem venditor, als auch der dem emtor obliegenden Solution, in letzterer Beziehung aber für die a. ex locato cond.[1368]) In allen übrigen Beziehungen gelangt dagegen jene Conſequenz wiederum zur Geltung,[1369]) ſo daß das pactum adiectum z. B. dann die bon. fid. a. nicht erzeugt, wenn es eine Zuſage bezüglich der Qualitäten des Objectes oder die Uebernahme der Evictionsverbindlichkeit enthält.[1370])

Sodann als Schädenklage tritt die bon. fid. a. auf zunächſt wegen verſchuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, ſowie wegen Mora, wobei in erſterer Beziehung bereits das legitimum arbitrium einen maaßgebenden Vorgang bot (§ 102 unter 1), in letzterer Beziehung aber die in dem Geſchäftsverkehre üblichen entſprechenden Vertragsbeſtimmungen (A. 1186) in der Weiſe maaßgebend wurden, daß der regelmäßige Inhalt ſolcher Privatdiſpoſitionen als eine der bona fides ipso iure inliegende Rechtspflicht anerkannt wurde, woneben dann endlich die Vorſchriften des ädiliciſchen Edictes (§ 110 unter D a und b 2) über die Haftung wegen Deterioration und omnis causa einerſeits und wegen Impenſen andererſeits zur Subſtantiirung der Folgewirkungen dort der mora solvendi, hier der mora accipiendi ſich verwerthen ließen. Und zwar wurden die verſchuldete Vereitelung, wie Verzögerung der Solu-

---

1368) In Bezug auf die Leiſtung des venditor das pactum bei Serv. in Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 30) oder das pactum de re mancipio danda in Beil. XXI A. 99; in Bezug auf die Leiſtung des emtor das pactum über Zahlungstermin oder Sicherſtellung durch Unterpfand und vergl.: Cat. RR. 144. 145. Lab. 5 Post. a Jav. ep. (D. XIX, 1, 51. § 1); in Bezug auf das Gebahren mit der res conducta: Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 11. § 4). Im Allgemeinen vgl. Veteres bei Pap. 5 Quaest. (D. II, 14, 39). Vgl. A. 1566.

1369) Ganz ſingulär iſt, daß das ädil. Edict aus dem zu Gunſten des Abkäufers reſolutiv geſtellten pactum disciplentiae der bezüglichen Kaufgeſchäfte die a. redhibitoria giebt (A. 1349). Die weitere Ausführung des obigen Satzes gehört nach § 128.

1370) Für beiderlei Verträge ward Stipulation erfordert, ſo wegen der Eigenſchaften: Varr. RR. II, 2, 6. 3, 5. 4, 5. 5, 11, 10, 5. vgl. 6, 3. 9, 7 ſowie A. 1376; und wegen Eviction: Varr. cit. II, 2, 6. 3, 5. 4, 5. 10, 4 ſowie A. 1375; und ſo in beiderlei Beziehung auch das ädil. Edict in § 110 unter B.

tion von Vorn herein ebenſowohl gemeinſam unter der Bezeichnung mora zuſammengefaßt in der techniſchen Redewendung: per aliquem mora est, quominus fiat, quod fieri oporteat (§ 80), als auch gemeinſam durch den Rechtsſatz geregelt: Quoties culpa intervenit debitoris, perpetuatur obligatio, womit nun auf Grund ſolchen Verhaltens des Debitor die Schuldverbindlichkeit unabhängig geſtellt wird von den das Schuldobject ſpäter betreffenden nachtheiligen Vorgängen, ſo daß dort die Vereitelung der Solution die bon. fid. a. weder aufhebt, noch modificirt, hier dagegen die mora solvendi, als die verſchuldete Nichtleiſtung am vereinbarten Solutionstermine (A. 1714), das Periculum der res debita von dem Creditor auf den Debitor überträgt, ſo daß der Letztere ſolches in vertragsmäßiger Beſchaffenheit, eventuell deſſen quanti res est zu leiſten verpflichtet iſt,[1371]) ohne gleichwohl von ſeiner Verpflichtung befreit zu werden, dem Creditor das mittelſt der res debita gewonnene commodum und ſo insbeſondere die omnis causa zu präſtiren,[1371a]) überdem aber auch der Debitor dem Creditor zum Erſatze der durch die Mora verurſachten Einbuße am quanti res est, wie der aufgewendeten

1371) Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 3), ſowie auch 37 ad Ed. (D. XXII, 1, 24. § 2), 22 Quaest. (D. XLVI, 1, 58. § 1), 8 Resp. (fr. Vat. 112); Ulp. 22 ad Ed. (D. XII, 2, 9. § 3). Dieſer Rechtsſatz wird interpretirt von Paul. 17 ad Plaut. cit. (D. cit. § 4—6) und Pomp. daſ., wonach nun derſelbe den zwiefachen objectiven Thatbeſtand betrifft: si effecerit promissor, quominus solvere possit und si mora sit tantum, ſomit alſo die Vereitelung, wie die Verzögerung, erſterenfalls aber nach § 6 cit. den Effect hat, ut adhuc homo (i. e. res debita) peti possit. Sodann ergeben die obige Exegeſe auch die Stellen bei Mommſen, Beitr. III, 200 A. 27, ſowie Ulp. 22 ad Ed. cit., wo aus der vereinzelten Anwendung, die dort zur Sprache gebracht wird, ganz mit Unrecht von Mommſen 199 A. 25 ein beſchränkterer Denkgehalt des perpetuari an ſich gefolgert wird. Vielmehr iſt das von Mommſen A. 26 getadelte Verfahren Madai's an ſich durchaus correct und nur inſoweit tadelnswerth, als der Thatſache nicht Rechnung getragen iſt, daß die ſpätere Rechtsbildung allerdings den obigen Rechtsſatz modificirte d. h. ſeine Geltung wieder einſchränkte: A. 1545. Dagegen iſt keine Ausnahme, ſondern einfache Conſequenz, daß dasjenige pactum, welches contra naturam contractus geht, auch nicht die Contractsklage erzeuge, ſo z. B. Trebat. und Lab. bei Jav. 5 ex Post. Lab. (D. XVIII, 1, 79) und das Weitere in § 126.

1371a) Vgl. Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 15).

impensae necessariae (vgl. A. 1373) gehalten ist. In beiderlei Beziehung aber reichte die perpetuatio obligationis mit ihren Folgewirkungen lediglich bis zur Litiscontestation, da die letztere eine Novation herbeiführt und damit das Rechtsverhältniß auf eine andere theoretische Basis überleitet (§ 114).

Und wiederum für die mora accipiendi ward nicht allein dem Debitor nachgelassen, der res debita resp. durch Dereliction oder Depositon sich zu entäußern und damit von der Schuldverbindlichkeit selbst sich zu liberiren, ohne daß dabei die vom XII Tafelrechte erforderte vorgängige bezügliche denuntiatio des Schuldners an den Gläubiger (§ 97) postulirt worden wäre,[1372] sondern auch dem Gläubiger ebenso das periculum der res debita, wie die Verpflichtung auferlegt, die Bereicherung, die er in Folge der Mora durch die vom Schuldner auf die res debita aufgewendeten Impensen erlangte, demselben zu restituiren.[1373]

Dann wiederum erhielt die bon. fid. a. ebenfalls vom arbitrium legitimum überliefert die Function als Schädenklage wegen Beeinflussung durch dolus malus[1374] oder durch vis, wobei indeß die Relevanz von Beiden durchaus davon abhängig war, daß innerhalb der Sphäre des Contractes selbst, nicht aber in einem darüber hinausliegenden Punkte dolus malus oder vis bestimmend einwirkten, daher denn in dem Falle, wo bei Erfüllung des abgeschlossenen Kaufes über einen Sclaven der Verkäufer den Sclaven vergiftet mancipirt oder bei Kauf über ein Grundstück bei dessen Mancipation eine Servitut deducirt oder einer Beschädigung desselben sich schuldig macht, noch Lab. bei Ulp. 11 ad

---

1372) Veteres bei Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 4); Alf. 3 Dig. a Paul. ep. (D. cit. 12) und dazu A. 1067.

1373) Periculum: so im Falle von § 89 unter 2 b Alf. 3 Dig. in A. 1372. — Impensae: Sext. Ael. und C. Livius Drusus bei Cels. 8 Dig. (D. XIX, 1, 38. § 1): si per emtorem steterit, quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari, wo Cels. unter arbitrium die bon. fid. a. versteht, daher wohl auch wir hierbei werden Beruhigung fassen dürfen, um so mehr als sich gleiche Redewendung auch anderweit findet, so bei Alf. 2 Dig. (D. X, 3, 26). Dann auch Trebat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 22).

1374) Cic. de Off. III, 15, 61: dolus malus — erat vindicatus (sc. edicto Aquilii de dolo malo nondum proposito) — sine lege iudiciis, in quibus additur „Ex fide bona"; Top. 17, 66.

Ed. (D. IV, 3, 7. § 3) die a. emti in Function einer a. de dolo nicht kennt (vgl. A. 1375), da ſolche doloſe Handlungsweiſe nicht in die Sphäre der emtio, ſondern der mancipatio fällt.

Endlich wiederum von dem ädiliciſchen Edicte (§ 110 unter B) leitet ſich zuvörderſt her die Function der bon. fid. a., als Schädenklage wegen Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae für Eviction beim Kaufe zu dienen, welche im 7. Jahrhundert derſelben beigelegt ward,[1375]) während aus der Vorſchrift der pronuntiatio von morbi und vitia (§ 110 unter A) wiederum eine zwiefältige Rechtsordnung ſich entwickelte: einestheils die Verpflichtung zur stipulatio duplae vel simplae wegen weſentlicher Mängel der verkauften mancipia oder iumenta,[1376]) und anderntheils die Rechtsordnung über die reticentia bei entgelt-

---

1375) Zu Plaut. Zeit, ſomit im 6. Jahrh. verſieht die a. ex emto noch nicht ſolche Function: Beil. XXI § XIV, unter 3 c; und ebenſo ergiebt ſich dafür, daß die Eviction dieſe Klage nicht in Function einer a. de dolo begründet, ein belehrendes Beiſpiel aus Plaut. Pers. III, 1 fg.: es verkauft Jemand einem leno ein Mädchen unter der wahren Angabe, dieſelbe ſei von Geburt libera, aber unter der unwahren Angabe, dieſelbe ſei aus Arabien als Sclavin geraubt; in Folge deſſen wird daher der Kauf ohne Evictionsverbindlichkeit für den Verkäufer abgeſchloſſen (vgl. A. 1198); nach beſchehener Solution des Preiſes vindicirt der Vater des Mädchens, der von der ganzen Manipulation Kenntniß hatte, daſſelbe in libertatem; dennoch greift hier weder exc. doli wider die Vindication Platz, weil ſolche noch nicht proponirt war, noch a. ex emto in Function einer a. doli, weil es um Eviction allein ſich handelt, wegen deren wiederum weder a. auctoritatis, noch a. ex stipulatu begründet war: V, 2, 9 fg. Dagegen iſt der a. ex emto ſolche Function im 7. Jahrh. übertragen nach Varr. RR. II, 10, 5: in horum (sc. servorum) emtione solet — stipulatio intercedere sanum eum esse, fortis noxisque solutum, si mancipio non datur, dupla promitti aut, si ita pacti, simpla. Die Cautionspflicht auf duplum ward ſpäter auf alle werthvolleren Objecte extendirt: Ulp. 32 ad Ed. (D. XXI, 2, 37. § 1); vgl. Nerat. bei Ulp. cit. (D. XIX, 1, 11. § 8. XXI, 2, 37. § 2), Ulp. cit. (D. cit. 37. pr.), Paul. 5 ad Sab. (D. cit. 2), ſowie Vernede, de aed. ed. 90 fg. und oben A. 1370.

1376) Wegen der Cautionspflicht für morbi und vitia auf duplum bei Verkauf von mancipia, ſ. Varr. in A. 1375; vgl. Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 31. § 20) und dazu Schilling, Inſt. § 294 n, ſowie Nerat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XXI, 2, 37. § 8. 9), Diocl. im C. Just. IV, 49, 14., ſowie auf simplum bei Verkauf von iumenta vgl. Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 4). Vgl. A. 1370.

lichen Verträgen, welche eine Veräußerung oder eine Uebertragung von Nutzungsbefugniſſen vermitteln.

Und zwar gelangte dieſe letzte Rechtsordnung in zwei verſchiedenen Abſätzen zur Ausbildung, nämlich zuerſt in dem der Mitte des 7. Jahrhunderts angehörigen Rechtsſatze: quidquid est in praedio viti, id, si venditor scierit, nisi nominatim dictum est, praestari oportet,[1377]) wodurch ſomit das Recht des ädiliciſchen Edictes auf den Kauf von Grundſtücken übertragen wird, obwohl mit der doppelten Abweichung, daß einestheils die Wiſſenſchaft der Mängel Seitens des Verkäufers als weſentliches thatbeſtändliches Merkmal geſetzt, und anderntheils die Verletzung ſolcher Pflicht nicht mit a. redhibitoria, als vielmehr mit a. ex emto in der Richtung auf Schadenerſatz bedroht wird.

Und ſodann ward dieſer Rechtsſatz wiederum in der Zeit des Serv. Sulpicius Rufus in der Weiſe generaliſirt, daß ſolche Pflicht zur pronuntiatio vitiorum extendirt wird theils auf andere Rechtsobjecte, als mancipia, iumenta und praedia, theils ſodann auf locatio conductio rei, theils endlich auch von Neuem auf den Fall der ignorantia des venditor oder locator, wogegen andrerſeits ſolche Verbindlichkeit aufgehoben wird für den Fall, daß

1377) Cic. de Off. III, 16, 65 fg., wonach die Entſtehung dieſes Rechtsſatzes in die Zeit des M. Porcius Cato Salonianus, geſt. 663, fällt; ſodann ſubſumirt ſich jenem Rechtsſatze der Proceß des C. Sergius Orata (praet. 657) wider den M. Marius Gratidianus bei Cic. de Off. III, 16, 67. de Orat. I, 39, 178. Val. Max. VIII, 2, 1. Schol. Bob. p. Arch. p. 356 (Thl. I § 10). im Uebrigen vgl. Cic. de Off. III, 17, 71. 23, 91 und Veteres bei Modest. 5 Resp. (D. XIX, 1, 39), wogegen Q. Muc. bei Venul 16 Stip. (D. XXI, 2, 75) und bei Cels. 8 Dig. (D. XVIII, 1, 59) nicht von dem Kauf-, ſondern von dem Mancipations-Rechte handeln. Dagegen nehme ich an, daß wiederum bei Paul. 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 21. § 1) das Referat einer Sentenz der Veteres vorliegt, die widerſpruchsvoller Weiſe von Tribonian nicht ausgetilgt ward. Im Allgemeinen vgl. Clermont, ad Ed. aed. cur. 1—21. Vernede, de Aedil. ed. 90 fg. Corn. Dedel, de auctorit. praestanda a venditore rei vitiosae 25 fg. Cohnfeldt, Intereſſe 174 fg. 284 Zuſ. Voigt, im Arch. f. civil. Pr. LIV, 220 fg. — Scire vertritt den Dolus: Voigt, Bedeutungswechſel 40 fg., und wenn Cic. de Off. III, 16, 65. 17, 71 die poena reticentiae dem Geſichtspunkte einer Repreſſion der fraus unterſtellt, ſo iſt dies keineswegs widerſprechend.

der emtor oder conductor das betreffende vitium bereits kannte.[1378])

In allen jenen manichfachen Functionen aber der bon. fid. a. als Schädenklage gelangt die bereits im arbitrium legitimum verwirklichte Methode und Tendenz der aequitas (§ 102) zur Geltung, die Relevanz der Vermögensschädigung nicht lediglich auf den objectiven Thatbestand der Widerrechtlichkeit, sondern nicht minder auf den subjectiven Thatbestand der Verschuldung zu stützen, eine Tendenz, die auf das Schärfste darin sich ausprägt, daß, während noch das ädilicische Edict die Relevanz der reticentia auf den objectiven Thatbestand allein der unterlassenen pronuntiatio morbi vitiive stützt (A. 1344), bereits der ältere Rechtssatz des ius civile die reticentia bei Verkauf von Grundstücken an den Dolus des Verkäufers anknüpft (A. 1377), während die jüngere Extension dieser Rechtsordnung je mit Dolus oder Culpa des Verkäufers ein verschiedenes Maaß der Verhaftung verbindet (A. 1378). Der objective Thatbestand an sich aber der Widerrechtlichkeit ward bezüglich der beiden Fälle der Verletzung obliegender obligatorischer Verpflichtungen: der Verzögerung und der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution technisch bezeichnet durch eine doppelte Gruppe von Ausdrucksweisen: theils durch facere oder per aliquem fit oder stat, quominus fiat, quod fieri oporteat, theils durch per aliquem mora est, quominus fiat, quod fieri oporteat (§ 80). Und diese letztere Bezeichnung nun läßt, wie obbemerkt, erkennen, daß der interpretative Gesichtspunkt, von welchem aus die Rechtswissenschaft die Relevanz der mora systematisch begründet, in einer specifischen Gleichheits-Erklärung jener beiden Fälle der Verletzung von Vertragsverbindlichkeiten gewonnen wurde.

Was dagegen den subjectiven Thatbestand der Verschuldung betrifft, so widmete die Rechtswissenschaft des gegenwärtigen Zeitraumes demselben eingehendere Untersuchungen, um die überliefert

---

1378) Trebat. bei Marc. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45), Serv. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 1), Ofil. bei Ulp. 2 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 38. § 7). Die obige Beschränkung postulirt bereits Cic. de Off. III, 16. 63. Wegen des verschiedenen Maaßes der Haftung von venditor, und locator je nach dessen scientia oder ignorantia s. § 124 unter 4. Wegen des Verhältnisses dieser Rechtsordnung zu der in A. 1376 vgl. namentlich Paul. 5 ad Sab. (D. XIX, 1, 4).

erhaltenen Lehrbegriffe und Urtheile ebenſo im Sinne der jüngeren Volksanſchauung zu revidiren, wie im Intereſſe der Theorie ſelbſt durchzuarbeiten und insbeſondere mit Rückſicht auf die ſpecifiſchen Verſchiedenheiten der manichfachen Rechtsverhältniſſe näher zu beſtimmen und zu differentiiren. Und ſo daher übernimmt nun gegen Ausgang dieſes Zeitraumes, wo neben die emtio venditio eine Mehrzahl neuer bon. fid. negotia getreten iſt, die Rechtswiſſenſchaft die Aufgabe, die maaßgebenden Gegenſätze von Zufall und Verſchuldung, von Dolus und Culpa an ſich, wie in ihrer Geltung gegenüber den verſchiedenen Rechtsverhältniſſen im Näheren feſtzuſtellen und zu detailliren.

Zunächſt aber der Gegenſatz von Zufall und Verſchuldung findet von Alters her ſeine terminologiſche Ausprägung in den Worten fortuna und culpa, und tritt in dieſer Terminologie vollkommen techniſch auf in der criminalrechtlichen Doctrin des gegenwärtigen Zeitraumes (A. 1367), während in das Civilrecht zwar die Verſchuldung ebenfalls unter der Bezeichnung culpa eingreift, der Zufall dagegen ebenſowohl vom Ausgange dieſer Periode ab durch casus bezeichnet wird, als auch in der Ausdrucksweiſe alicuius periculo (auf Jemandes Gefahr oder Riſico) ſeine Vertretung mit findet.[1379]) In ſachlicher Beziehung aber, indem die culpa und das alicuius periculo esse zu einander als ausſchließende Gegenſätze ſich verhalten, iſt es die erſtere, welche den doctrinell maaß-

1379) Wegen culpa ſ. Voigt, Bedeutungswechſel 10 fg. Wegen casus ſ. Denſ. 27 fg. 88 fg. und insbeſondere Alf. 2. 7 Dig. (D. IX, 2, 52. § 4. X, 3, 26. XIX, 2, 29). Wegen alicuius periculo esse vgl. Plaut. Cas. II, 4, 14: liber ei sim, meo periculo vivam, nunc vivo tuo; Pers. IV, 3, 55 fg.: suo periculo is emat, qui eam mercabitur; IV, 4, 113: tuo periculo LX haec dabitur argenti minis; Bacch. IV, 4, 100: mea fiducia opus conduxi et meo periculo rem gero; Trin. IV, 2, 16: ipse ornamenta a chorago haec sumpsit suo periculo; Asin. II, 4, 51: da modo meo periculo: rem salvam ego exhibebo; vgl. Capt. II, 2, 99; Transportvertrag v. J. 537 bei Liv. XXIII, 49, 2: ut quae in naves imposuissent, ab hostium tempestatisque vi publico periculo essent; Cic. ad Att. VI, 1, 6: rem illam suo periculo esse; p. Sest. 22, 50: periculo rei publicae vivebam; p. Flacc. 17, 41: periculo nostro vivere tuos contubernales; Namusa bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 7 ſ. A. 1380); Alf. 3, 5 Dig. a Paul. ep. (D. XVIII, 6, 12. 14 ſ. A. 1067. XIII, 7, 30 ſ. A. 1381); vgl. Qu. Muc. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 3).

gebenden und bestimmenden Begriff darbietet: denn indem, wie bemerkt, die Ersatzpflicht der widerrechtlichen Schädigung principaliter an eine Verschuldung der letzteren angeknüpft ist, so ergiebt sich aus solcher Beschränkung der Haftung zugleich die Nichthaftung für die casuelle Schädigung als einfache und zwar negative Consequenz, demgemäß insoweit das alienius periculo esse zwar vom Gesichtspunkte der practischen Interessen, nicht aber der theoretischen Lehrsätze eine selbsteigene und bestimmende Bedeutung gewinnt. Immerhin aber ergiebt sich hieraus als die maaßgebende Grundordnung bei den bon. fid. negotia, daß die objectiv widerrechtliche Vermögensschädigung des Mitinteressenten, dafern durch eine Verschuldung des anderen Theiles herbeigeführt, den Letzteren zur Ersatzleistung verpflichtet, wogegen dann, wenn jene Schädigung durch Zufall herbeigeführt ist, solche Verpflichtung hinwegfällt und somit das periculo esse den Ersteren trifft[1380]). Und wie nun solche Ordnung Geltung erleidet bezüglich der Verzögerung der Solution, oder bezüglich des dolus malus oder vis, oder bezüglich der Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae oder der reticentia, so gilt dieselbe insbesondere auch bezüglich der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte und ergiebt hier nun die besondere Consequenz, daß, indem der Debitor nur im Falle seiner Verschuldung haftet, den Creditor das periculum trifft, somit also auch der casuelle Untergang der res debita den Debitor liberirt und das Forderungsrecht des Gläubigers zerstört[1381]), ohne insbesondere bei zweiseitigen Obligationen die Gegenforderung in ihrem Bestande oder Gehalte zu alteriren.[1382]) Allein gleichzeitig greift in diesem Punkte aus-

1380) So z. B. Namusa bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 7): si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse; Alf. 5 Dig. a. Paul. ep. (D. XIII, 7, 30).

1381) Alf. 5 Dig. a. Paul. ep. (D. XIII, 7, 30): qui ratiario crediderat, quum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit; postea flumen crevit et ratem abstulit; si invito ratiario retinuisset, eius periculo ratem fuisse respondit; sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam duntaxat ei praestandam, non vim maiorem.

1382) So bezüglich des emtor Alf. 2 Dig. (D. XVIII, 6, 11), 3 Dig. a Paul. ep. (D. XVIII, 6, 12. 14) ſ. A. 1067; bezüglich des locator operis: Alf. 3 Dig. bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33) ſ. bei A. 1068.

nahmeweiſe auch die entgegengeſetzte Ordnung Platz, daß der Debitor auch bei caſueller Vereitelung der Solution für verhaftet erklärt wird, ſo daß hier nun das periculo eius esse eine ſelbſteigene doctrinelle Bedeutung gewinnt; und dies nun iſt der Fall theils bei emtio venditio, dafern die res debita confiscirt worden iſt, wo nun der venditor trotzdem auf Solution verhaftet bleibt [1383]), theils bei locatio cond. rei, wo die caſuelle Vereitelung der Präſtation der res locata den locator von der a. conducti nicht liberirt. [1384])

Was dagegen die Verſchuldung oder culpa betrifft, ſo gewann dieſer Lehrbegriff in dem vorhergehenden Abſchnitte bei den arbitria legitima eine höchſt einfache und kunſtloſe Geſtaltung, da hier die Verſchuldung durchaus nur nach concretem Maaßſtabe: der diligentia, quam quis suis rebus praestat bemeſſen ward (A. 1273) und ſo nun, indem des Betreffenden wirthſchaftliches oder geſchäftliches Verhalten in den eigenen Angelegenheiten die alleinige Norm für Entſcheidung der Schuldfrage ergab, im Beſonderen aber ſolchem Maaßſtabe ſo Vorſatz, wie Fahrläſſigkeit gleichmäßig unterfielen, damit jede theoretiſche Unterſuchung über die Natur der culpa in abstracto ohne Weiteres entbehrlich wurde, namentlich aber die Diſtinction von Dolus und Culpa zu keiner ſelbſtſtändigen doctrinellen Bedeutung im Civilrechte gelangte. Und dieſer Maaßſtab nun der Bemeſſung der culpa nach dem individuellen Naturell und Character des Betreffenden ward auch in dem gegenwärtigen Zeitraume in jener altüberlieferten Verwendung bei den arbitria legitima beibehalten, und dies ſelbſt inſoweit, als die letzteren daneben auch in bon. fid. actiones umgewandelt und in den Formularproceß übergeleitet wurden. [1385]) Dahingegen bei den originären bon. fid. negotia gelangte mit dem gegenwärtigen Zeitraume eine jüngere Anſchauung über die Bemeſſung der

---

1383) Alf. 3 Dig. bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 28) ſ. § 89 unter 2 b.

1384) Serv. bei Alf. 2 Dig. (D. XXXIX, 2, 43. § 1), bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 15. § 2) und bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 35. pr.); Alf. 2. 3 Dig. a Paul. ep. (D. XIX, 2, 27. fr. 30. pr. § 1) und bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33); vgl. § 89 unter 2 d.

1385) Den Beweis ergeben die der nächſten Periode angehörigen Citate in A. 1273; vgl. § 141.

culpa oder Verſchuldung zur Geltung, dergemäß dieſe letztere nach dem abſtracten Maaßſtabe des normalen paterfamilias abgeſchätzt wurde.[1386])

Und indem hierdurch der Wiſſenſchaft die Anregung zu eingehenderen theoretiſchen Unterſuchungen über die Art- oder Gradunterſchiede innerhalb ſolcher culpa gegeben wurde, ſo gewann dieſe Anregung namentlich in Folge eines dreifachen Momentes höchſt bedeutend an Gewicht: theils nämlich durch den Umſtand, daß für die verſchiedenen Vorkommniſſe der widerrechtlichen Schädigung ein verſchiedener Grad der Verſchuldung als relevant anerkannt wurde: inſofern bei mora, bei Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte und bei der reticentia der jüngſten Rechtsordnung (A. 1378) jedwede Verſchuldung als relevant anerkannt wurde, während bei der reticentia der früheren Rechtsordnung (A. 1377) und bei Verweigerung der stipulatio simplae vel duplae, ebenſo wie bei dolus malus und vis der Dolus insbeſondere erforderlich war; ſodann ferner in Folge des bei der reticentia der jüngſten Rechtsordnung maaßgebenden Geſetzes, daß mit dem verſchiedenen Grade der Verſchuldung ein verſchiedenes Maaß der Verhaftung für Schadenerſatz verknüpft war (A. 1378); wie endlich auch in Folge zwar nicht der Vermehrung der Zahl der bon. fid. negotia, da vielmehr bei allen dieſem Zeitraume angehörigen derartigen Rechtsverhältniſſen die Haftung des Contrahenten durchaus gleichmäßig auf die betreffenden Grade der Verſchuldung ſich erſtreckte, wohl aber in Folge des Umſtandes, daß auch auf die beiden pacta praetoria des commodatum und depositum die Unterſuchungen über den Grad der Verhaftung des Contrahenten mit erſtreckt und hier nun wiederum ein verſchiedener Grad ſolcher Verhaftung ſtatuirt wurde. Indem daher alle dieſe Thatmomente die Theorie auf doctrinelle Unterſuchungen über die Beſchaffenheit und Gradunterſchiede der Verſchuldung hinwieſen, ſo fand nun die Rechts-

---

1386) Daß insbeſondere die societas keine Ausnahme bildet, ergeben Cels. 7 Dig. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 52. § 2), Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2), 29 ad Sab. (D. L, 17, 23.) Erſt in der nächſten Periode tritt die Tendenz hervor, auch auf die originären bon. fid. negotia wieder den Maaßſtab der culpa in concreto zu übertragen: A. 1737.

wiſſenſchaft in dem Criminalrechte eine Ordnung vor, welche unterhalb der culpa im Allgemeinen als deren beſondere Arterſcheinungen den widerrechtlichen Vorſatz: die scientia oder prudentia, das sciens dolo malo oder sciens prudensque, ſowie die Fahrläſſigkeit: die inscientia oder inprudentia, das insciens imprudensque unterſchied.[1387] Und dieſe Terminologie kehrt nun auch in Vertretung beider Begriffe in dem Rechte der reticentia wieder und zwar ebenſo in der älteren,[1388] wie aber auch in deren jüngſter Rechtsordnung, und ward hier nun in der gewohnten tralaticiſchen Manier der römiſchen Jurisprudenz auch auf die ſpäteren Perioden überliefert.[1389] Jene Unterſuchungen ſelbſt aber über das Weſen der Verſchuldung ſetzten innerhalb des Civilrechtes ebenſo bezüglich des damnum iniuria datum, wie bezüglich der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte ein, und führten hier nun zur Ausbildung einer neuen und ganz veränderten Terminologie: ausgehend von Qu. Mucius Scaevola Pont. (geſt. 671) ward für den widerrechtlichen Vorſatz die Bezeichnung dolus malus und ſpäter dolus ſchlechthin allgemein adoptirt, während für die verhaftbare Fahrläſſigkeit der Ausdruck culpa aufgenommen, dagegen zur techniſchen Bezeichnung der Verſchuldung der Ausdruck noxia im Rechte recipirt ward.[1390] Und ſo nun gab Qu. Mucius zunächſt eine

---

1387) Voigt, Bedeutungswechſel 32 fg.

1388) Cic. de Off. III, 16, 65: si venditor sciisset; ſ. A. 1377.

1389) Trebat. bei Marc. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45): si ignorans emerit; Serv. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 1): si sciisti, si ignorasti; Ofil. bei Ulp. 2 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 38. § 7): si venditor scit. Und ſo nun nach der tralaticiſchen Manier der röm. Fachwiſſenſchaften auch bei den Späteren: Lab., Sab. und Cass. in Ulp. 32 ad Ed. cit., Jul. 15 Dig. bei Marc. 4 Reg. cit. und bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. pr.), Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XVIII, 6, 9) u. a. m.: § 87 unter III. Daneben ſteht die jüngere Terminologie z. B. bei Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 5).

1390) Voigt, a. O. 53 fg. 16 fg. 129 fg. 157 fg. Ganz andere Anſichten über den im röm. Rechte bezüglich der obigen Begriffe ſich vollziehenden Proceß ſprechen aus A. Pernice im Litter. Centralblatte 1873. Sp. 81 und Ihering, Schuldmoment 22, welcher letztere dahin ſich äußert: „in wie weit die erſten Keime dieſer Begriffe (mala fides, dolus, culpa, mora) ſchon dem älteren Recht zuzuweiſen ſein mögen, läßt ſich nicht beſtimmen; ſo viel iſt aber außer allem Zweifel, daß es nur höchſt dürftige Anſätze geweſen ſein

Definition des mit dem Worte culpa neu verknüpften Begriffes der Fahrläſſigkeit, nach Paul. 10 ad Sab. (D. IX, 2, 31) dahin

---

können. Man braucht nur einen Blick in die Quellen zu werfen, um ſich zu überzeugen, daß jene Begriffe ſelbſt im Zeitalter der klaſſiſchen Jurisprudenz noch im Fluß begriffen waren: herrſchten doch ſogar über Hauptfragen noch Meinungsverſchiedenheiten"; dagegen Pernice faßt ſeine Anſicht dahin zuſammen: es „geht in der Rechtswiſſenſchaft, wie allenthalben, die Veränderung der Terminologie Hand in Hand mit der Umgeſtaltung, will ſagen ſchärferen Ausprägung der Begriffe ſelber." Dem nun ſtelle ich folgende Theſen gegenüber: 1. die juriſtiſch techniſchen Begriffe waren dem älteſten Rechte in vollſter Klarheit und Deutlichkeit ihres Denkgehaltes überliefert: das Wort war Träger eines durchaus klar und deutlich definirten Begriffes, ja es konnte auch einen ſolchen allein die leg. a., abgeſehen von dem arbitrium, vertragen. Und dem entſprechend laſſen die ſo zahlreichen, bis in die älteſte rechtsgeſchichtliche Periode zurückgehenden Ueberlieferungen der dem fraglichen Ideenkreiſe angehörigen Worte nirgends die bezüglichen Begriffe in unvollkommenem und unausgebildetem Zuſtande und als etwas Embryonenartiges erkennen; ja es weiſt ſogar die vergleichende Sprachforſchung weit über jenen Zeitraum zurück und bereits innerhalb des gräco-italiſchen Sprachfonds eine ſolche Fülle von Synonymen und nahe verwandten Begriffen nach, daß wir nur mit Bewunderung jenen hohen Grad der Fertigkeit von Intuition und Reflexion würdigen können, die den Arier befähigte, die feinſten Nüancirungen der Begriffe ebenſo zu erfaſſen, wie durch entſprechende Worte auszuprägen. Demnach aber iſt die Vorſtellung unrichtig, es habe das Denken der älteſten hiſtoriſchen Zeiten in einem Nebelmeere unklarer Begriffe ſich bewegt, es habe insbeſondere auch das älteſte röm. Recht mit unentwickelten und der realen Beſtimmtheit ermangelnden Begriffen operirt, und es ſei endlich die Abklärung der von denſelben getragenen allgemeinen Vorſtellungen das Product einer jüngeren hiſtoriſchen Periode, ſo daß der Begriff innerhalb des Römiſchen einen eigenen hiſtoriſchen Entwickelungs- und einen allmähligen Criſtalliſations-Proceß durchlaufen habe. Vielmehr ſtehen im großen Ganzen die Begriffe fix und fertig auf der Schwelle der Geſchichte. Wohl aber 2. vollzieht ſich, mit aller wünſchenswerthen Deutlichkeit erkennbar, eine Wandelung in dem Terminologiſchen: in Folge von äußeren Veranlaſſungen, die vornämlich in der geſchichtlichen Entwickelung des Rechtes gegeben ſind, löſt mehrfach der Begriff ſich ab von dem Worte, durch welches er von Alters her repräſentirt ward und geht eine gleiche Verbindung ein mit einem anderen Worte, welches bisher Träger eines anderen Begriffes war; ſodann 3. werden im Laufe der Rechtsentwickelung die gegebenen Begriffe techniſch mit anderen Begriffen neu zu Urtheilen verknüpft und ſo neue normative Rechtsſatzungen geſchaffen; und nicht minder 4. werden den Rechtsſätzen, in denen die betreffenden Begriffe verwendet ſind, neue that-

lautend: culpa est, quod, quum a diligente provideri potuerit, non est provisum aut tum denuntiatum est, cum periculum evitari non potest, wodurch die culpa einestheils, indem ſie als Verletzung der von dem diligens homo zu beobachtenden Vorausſicht hingeſtellt iſt, nach einem abſtracten Maaßſtabe des Verhaltens bemeſſen, ſomit als ſogenannte culpa in abstracto geſetzt, und anderntheils wiederum als Vernachläſſigung der obliegenden diligentia beſtimmt wird, demgemäß nun Qu. Muc. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2), ſowie Alfen. 2 Dig. (D. XVIII, 6, 11) culpa und diligentia gleich als pflichtwidriges und pflichtmäßiges Verhalten verbinden, neben welchem letzteren dann noch, wie Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 6) bekundet, auch die custodia (A. 1016) von den Veteres in Betracht gezogen ward. Und dieſer Begriff der culpa, der ſo nun den Gegenſatz zum dolus malus bildet, ward denn auch ebenſo für die formula petitoria (A. 1579), als vornämlich auch für die Lehre von der verſchuldeten Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte verwerthet, indem, wie obbemerkt, dieſe Doctrin auch auf die pacta praetoria des commodatum und depositum übertragen und hier nun durch einen Grundſatz geregelt ward, welchen Qu. Mucius aufſtellte und nach Maaßgabe von Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2) dahin formulirte: ubi utriusque utilitas vertitur, et dolus [malus] et culpa praestatur, [ubi unius solius utilitas vertitur, dolus malus solummodo

---

beſtändliche Verhältniſſe ſubſumirt. Und indem dieſe beiden Momente die rechtshiſtoriſche, wie dogmengeſchichtliche Function und Verwendung des Begriffes fixiren, ſo können dieſelben 5. auf deſſen logiſchen Gehalt, wie Sphäre einen rückwirkenden Einfluß ausüben, ja in vereinzelten Fällen ſelbſt zur Umgeſtaltung deſſelben führen, die jedoch nicht eine Beſtimmung des bis dahin Unbeſtimmten, ſondern eine durch die Umgeſtaltung des Rechtes bedingte Neubeſtimmung iſt. Endlich 6. verwendet das Recht nach § 66 auch Begriffe, deren logiſcher Inhalt oder Umfang nicht eine abſolute, ſondern lediglich eine relative Beſtimmtheit in ſich trägt und denen gegenüber nun die röm. Rechtswiſſenſchaft die Aufgabe ſich ſtellt, durch ein Operiren namentlich mit den Mitteln der Caſuiſtik einen endgültigen Abſchluß der Sphäre ſolchen Begriffes für das Juriſtiſche zu gewinnen. Die erſten beiden Punkte ſind erörtert in Voigt, Bedeutungswechſel, während die letzten vier Punkte der Aufgabe des gegenwärtigen Bandes anheimfallen.

praestatur], und welchen die Theorie allgemein adoptirte, wie ſich ergiebt aus Alf. 5 Dig. a Paul. ep. (D. XIX, 2, 31): in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi. Sonach iſt daher in dieſer Beziehung ein verſchiedener Grad der Verhaftung für die beiden Contrahenten ſtatuirt (A. 1025—28), wogegen bei allen dieſem Zeitraume angehörigen bon. fid. negotia: bei emtio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, neg. gestio und pigneris datio durchaus gleichmäßig den beiden Contrahenten die gleiche Verhaftung für Dolus, wie für Culpa auferlegt iſt: Alf. 3. 5 Dig. a Paul. ep. (D. XIX, 2, 30. § 2. fr. 31. XIII, 7, 30. vgl. A. 1020—24. 1029. 1030).

Andrerſeits tritt bereits jetzt vereinzelt die in der nächſten Periode allgemeiner verfolgte Tendenz (A. 1732 fg.) zu Tage, auch auf die arbitria legitima jenen neuen Maaßſtab der Bemeſſung der culpa überzutragen, wie ſolches Ofil. bei Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIV, 3, 18. § 1) bekundet.

Auf den Maaßſtab endlich für Bemeſſung des Schadenerſatzes, welcher bei der bon. fid. a. in obiger Function als Schädenklage zur Anwendung gebracht wurde: das quanto minoris est, iſt in § 124 unter II im Beſonderen zurückzukommen, wohingegen als maaßgebend für Fixirung vom pecuniären Status des Vermögensſchadens ebenſo der Zeitpunkt des Richterurtheiles, wie der Ort der Klagerhebung in § 72 unter 1b und § 86 unter A 3 dargelegt iſt.

§ 113.

Fortſetzung.

Die verſchiedenen Functionen der bon. fid. actiones.

Eine dritte Function der bon. fid. a. iſt die einer Bereicherungsklage, als welche dieſelbe im gegenwärtigen Zeitraume in zwiefacher Verwendung auftritt: gerichtet auf Reſtitution einestheils des von der res debita gezogenen, nicht vertragsmäßigen Zwiſchengewinnes, wie anderntheils der auf dieſelbe verwendeten impensae necessariae, wofür in erſterer Beziehung ebenſo die arbitria legitima (§ 102 unter 5), wie auch die a. redhibitoria (§ 110

unter D a 2), in letzterer Beziehung aber die a. redhibitoria (§ 110 unter D b 2) das maaßgebende Vorbild boten.

Und zwar war zunächst bezüglich des Zwischengewinnes die maaßgebende Rechtsordnung zusammengefaßt in einer Parömie, auf deren Fassung: commodum eius est, cuius incommodum est Ter. Hec. V, 3, 42 hinweist (s. § 101), deren ältere technische Fassung aber doch wohl lautete: commodum eius est, cuius periculum est (A. 1379). Indem daher in diesem Satze die Verknüpfung vom Erwerbe des commodum mit der Tragung des periculum nicht in der Denkform beschieht, daß zwischen beiden Verhältnissen eine durchaus gleichmäßige Wechselbeziehung statuirt würde in der Weise, daß beide einander gleichmäßig bestimmten und beeinflußten, als vielmehr in der Denkform, daß die Ordnung bezüglich der Tragung des periculum als das bereits gegebene und somit ebenso bekannte, wie bestimmende Verhältniß hingestellt wird, an welches dann die maaßgebende Ordnung für den Anspruch auf das commodum folgeweise sich anknüpft, so tritt nun in dieser Parömie die Rechtsordnung bezüglich des periculum ebenso als die theoretisch principale, wie historisch frühere auf, während die Ordnung bezüglich des commodum als die theoretisch accessorische, wie historisch jüngere sich darstellt. Im Uebrigen aber ergiebt die Darlegung von § 112, daß in dogmatischer Beziehung in dem fraglichen Grundsatze eine gewisse Inconsequenz sich ausprägt, insofern die Rechtstheorie die im Falle der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution eintretende Ordnung principaliter an die Verhaftung für Dolus und Culpa anknüpfte und hierdurch nun gleich als einfache Consequenz die im Falle des casus eintretende Ordnung ohne Weiteres gegeben war, während wiederum hier, bei der Frage wegen Zuweisung des commodum, nicht die Nichtverhaftung des Mitinteressenten wegen Mangels von Dolus und Culpa, sondern die eigene Belastung mit dem periculum als die maaßgebende Ordnung gesetzt ist. Allein solche Unebenmäßigkeit erklärt sich daraus, daß jene erstere dogmatische Ordnung von der Rechtswissenschaft ausgeht, während der obige Satz dem Fonds der von dem Volke geschaffenen ethischen Parömieen entlehnt war (§ 101).

Der Zwischengewinn an sich aber wird in dem ädilicischen Edicte umschrieben durch die Clausel: sive quid ex eo (sc. man-

cipio) post venditionem natum, adquisitum fuerit — — sive quid ex ea re (sc. emtione mancipii) fructus pervenerit ad emptorem und ſomit in die drei Unterarten zerlegt des partus ancillae, der acquisitio per servum facta und des fructus, qui ex emtione pervenit, ſo daß ſomit zwar der Ausdruck fructus der XII Tafeln d. i. der Nutzgewinn im Allgemeinen (A. 1156) beibehalten, daneben aber auch wiederum der partus ancillae und der Erwerb durch den Sclaven gleich als die wichtigſten Sondervorkommniſſe deſſelben beſonders hervorgehoben ſind, immerhin aber dieſe Faſſung des Edictes beweiſt, daß in der Mitte des 6. Jahrhunderts der techniſche Ausdruck omnis causa oder causa rei noch nicht gebildet war (A. 1743).

Nach Alle dem aber ergiebt der obige Rechtsſatz die Ordnung, daß, indem bei Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte der Debitor beim bon. fid. negotium für Dolus und Culpa verhaftet iſt, der Creditor dagegen das periculum: das Riſico für den Zufall trägt, dem Letzteren nun diejenige Bereicherung zukommt, welche der Debitor nach Begründung der Obligation mittelſt der res debita erlangte, ohne daß vertragsmäßig demſelben ſolcher Gewinn überwieſen war, ſei es nun, daß ſolche Bereicherung in fructus oder accessio der res debita oder aber bei eingetretener Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution in einem ſonſtigen mittelſt der res debita gemachten Gewinne beſtehe (§ 89). Lediglich bei emtio vend. eines nachher confiscirten Objectes und bei locatio cond. rei greift nach § 112 inſofern eine andere Ordnung Platz, als hier der Debitor auch das periculum trägt und hier daher dieſem, nicht aber dem Creditor jener Zwiſchengewinn, obwohl mit Ausnahme der vertragsmäßig dem conductor zukommenden fructus rei conductae, zufällt.

Dagegen iſt der obige Rechtsſatz bereits nicht mehr vollkommen ebenmäßig für die beiden pacta praetoria des commodatum und depositum, inſofern hier, wo der Commodant und Depoſitar für Dolus allein, nicht aber auch für Culpa verhaftet ſind, neben die Nichtverhaftung wegen Zufall auch noch die Nichtverhaftung wegen Culpa tritt, die in dem periculum esse dem Worte nach nicht mit inbegriffen iſt.

Sodann als Klage wegen der auf die res debita aufge-

wendeten impensae necessariae gewinnt die bon. fid. a. eine Function, welche dem arbitrium legitimum noch völlig fremd, wohl aber bereits in dem ädilicischen Edicte der a. redhibitoria beigelegt ist in der Clausel: Si quas accessiones ipse (sc. emptor) praestiterit, ut recipiat (sc. a venditore), worin somit solche Impensen als accessiones bezeichnet sind (A. 1360). Und zwar wird bei wesentlich zweiseitigen Contracten, somit bei den ältesten bon. fid. negotia: bei emtio vend., locatio cond. und societas solche Function von der a. directa übernommen, daher z. B. bei emtio vend. der Verkäufer mit der a. venditi die auf das Kaufobject verwendeten Impensen einklagt,[1391]) während bei den jüngeren: den unwesentlich zweiseitigen bon. fid. negotia: mandatum, neg. gestio und pigneris datio in Ermangelung einer a. directa eine eigene contraria als Impensenklage geschaffen worden ist, wohingegen wiederum von denjenigen bon. fid. negotia, welche, von Alters her arbitria legitima, später zugleich in den Formularproceß übergeleitet waren, nur für die Tutel eine a. contraria von dem Prätor proponirt wurde.[1392]) Und jene zwiefache Ordnung nun der Verfolgung der Impensenforderung durch a. directa, wie contraria ist es, welche zusammengefaßt wird von

Qu. Muc. bei Cic. de Off. III, 17, 70: in his (sc. arbitriis, in quibus additur „Ex fide bona": tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis, venditis, conductis locatis) magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque[1392a]) essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret; vgl. Cic. Top. 17, 66.

Die practische Bedeutung aber solcher Function der bon. fid. a. als Impensenklage lag darin, daß in Folge dessen die Compensation nicht, wie bei den arbitria legitima, an die Hauptklage und die defensive Geltendmachung in solcher nothwendig gebunden, vielmehr zu selbstständiger processualischer Durch-

---

1391) Trebat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 22). Sex. Aelius Catus und C. Livius Drusus in A. 1373.

1392) S. A. 1268. Dieselbe ist bekannt dem Lab. bei Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 4, 3. pr.).

1392a) Die einzige Ausnahme unter den aufgezählten bon. fid. negotia, die allein jenes pleraque rechtfertigt, ergiebt die fiducia: A. 1268.

führung in Form einer Widerklage frei gegeben und so nun dem Beklagten die Möglichkeit eröffnet war, die in der Hauptklage geleistete Zahlung noch nachträglich ganz oder theilweise als indebite solutum insoweit zurückzufordern, als durch Gegenanspruch wegen Impensen jene Zahlung als indebitum sich qualificirte.[1393])

Was aber insbesondere die Modalität der Berechnung der Bereicherung anbetrifft, so ist darauf bei A. 1466 zurückzukommen.

Endlich übernimmt die bon. fid. a. auch noch die Function, als Organ der beiderseitigen Partei-Interessen zu dienen (§ 90), ein Verhältniß, welches selbst wiederum in einer dreifältigen Modalität sich verwirklicht. Denn zunächst ergiebt bei gewissen bon. fid. contractus: bei emtio vend., locatio cond. und societas die darin ausgeprägte volkswirthschaftliche Proportion der pecuniären Interessen für jeden der beiden Interessenten principale Rechtsansprüche, so daß insoweit solche Zweiseitigkeit eine durchaus essentielle ist, zur Wechselseitigkeit principaler Forderungen sich gestaltend. Und diese Zweiseitigkeit nun, welche eine prärogative Eigenthümlichkeit der bon. fid. a. ergiebt und insbesondere auch dem legitimum arbitrium durchaus fremd ist, da hier die Doppelseitigkeit der a. familiae herciscundae und communi dividundo, wie in der a. finium regundorum in ihrer späteren Gestalt doch von wesentlich anderer Beschaffenheit ist, begründet nicht allein für Jeden der beiden Interessenten eine a. directa, sondern greift auch in Folge des für jene beiden Forderungen gesetzten Successionsverhältnisses in die Sphäre der einzelnen a. directa über. Denn indem bei emtio vend. und locatio cond. die bürgerliche Sitte die zeitliche Folge je der beiden Prästationen als Vor- und Nachleistung bestimmte, und diese Reihenfolge zugleich maaßgebend war für die Aufeinanderfolge, in welcher die betreffenden actiones directae anzustellen sind, so ließ nun trotz der theoretischen Selbstständigkeit der beiden actiones directae um dieser successiven Bezüglichkeit willen die eine Klage practisch nicht isolirt und abgelöst von dem gegnerischen Forderungsrechte sich behandeln, so daß z. B. in die a. ex empto vendito des Verkäufers auf Solution des pretium die Frage

1393) Vgl. Pomp. 25 ad Ed. (D. XVI, 2, 3).

wegen des Vollzuges der Kauftradition mit hereingriff in der Weise, daß der Beklagte die noch nicht beschehene Contractserfüllung Seitens des Klägers defensiv zu seinen Gunsten geltend machen konnte, wogegen allerdings der Abkäufer auch vor erfolgter Preiszahlung auf Tradition klagen konnte, ohne eine entsprechende Einrede befürchten zu müssen.[1394])

Sodann gewinnt aber auch jene Zweiseitigkeit die gleiche Ausprägung, wie bei dem arbitrium legitimum: theils in der Zulassung des auf die Postulate der aequitas bezüglich der ungerechtfertigten Vermögensschädigung oder Bereicherung gestützten, connexen Gegenanspruches zu defensiver Geltendmachung, wodurch es insbesondere auch in die Hand des Beklagten gelegt wird, die a. contraria mit der a. directa des Gegners zum einigen Processe zu verbinden,[1395]) theils in der Berücksichtigung des bei dem Haupt- oder bei dem Gegenanspruche nach Maaßgabe jener Postulate der aequitas collidirenden gegnerischen Interesses, welches ebenfalls defensiv als Einrede geltend gemacht wird, und worunter nun nach § 112 insbesondere auch die exc. pacti de non petendo, wie replicatio pacti de petendo, wie andrerseits auch wieder nach § 117 die Replik der Rechtswidrigkeit solcher Verträge fällt.

So daher ergiebt solche Zweiseitigkeit der bon. fid. a. in entsprechender dreifältiger Richtung zu Gunsten des Beklagten eine Defension durch Einrede. Und alle diese Einreden nun sind hinsichtlich ihrer Geltendmachung im Rechtsstreite nicht auf die Vermittelung der exceptio im processualischen Sinne angewiesen: denn in der That fehlt von Vorn herein alle und jede entsprechende exceptio, und erst in der Kaiserzeit wird solche aus der zu Ausgang dieser Periode proponirten exc. doli mali entwickelt (§ 132), vielmehr ist für jene Einreden die defensio ipso iure frei gegeben,

---

1394) Varr. RR. II, 2, 6. und dazu Beil. XXI A. 92. Und so nun auch noch zu Beginn der Kaiserzeit: Jul. 54 Dig. (D. XIX, 1, 25); Gai. IV, 126a. Carac. im C. Just. VIII, 45, 5; vgl. A. 1091. Ebenso ordnet sich diesem Gesichtspunkte unter Lab. 4 Post. (D. XIX, 1, 50): bona fides non patitur, ut, cum emtor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compellatur et re sua carere. Wegen des späteren Rechtes vgl. A. 1092.

1395) Vgl. Ulp. 10. 36 ad Ed. (D. III, 5, 8. § 2. XXVII, 4, 1. § 4).

eine Ordnung, die namentlich in den Sentenzen: officio iudicis bon. fid. actionis exceptio continetur oder bon. fid. iudicio exceptio inest zuſammengefaßt ward (A. 1088 fg.). Solche Ordnung aber fand wiederum ihre theoretiſche Grundlage und Rechtfertigung in der Klagformel mit ihrem Quidquid parret ob eam rem Numerium Neg. Aulo Ag. dare facere oportere ex fide bona, eius — condemnato; denn indem hierin dem Beklagten ein dare facere inſoweit angeſonnen wird, als das Gebot der bona fides reicht, und indem ſomit ſolche Verpflichtung des Beklagten inſoweit gar nicht Platz greift, als die Anforderung des Klägers ſelbſt der bona fides widerſtreitet, da die bona fides das, was ſie dem Kläger als Recht nicht zuſpricht, auch dem Beklagten nicht als Verbindlichkeit auferlegt, ſo enthalten nun alle die obigen Einreden, indem ſie die Gebote der bona fides zu Gunſten des Beklagten geltend machen, zugleich eine Negation des vom Kläger behaupteten dare facere oportere ex fide bona: das Anführen, daß eine Verletzung der fides bona überhaupt nicht vorliege, und fallen nun damit ohne Weiteres in die Sphäre der defensio ipso iure.[1396]) Allein andrerſeits reicht wiederum — und dieſe Beſchränkung iſt ebenſo ſignificant, wie conſequent — ſolche defensio ipso iure gegenüber der bon. fid. a. genau nur ſoweit, als die Function dieſer Klage ſelbſt ſich erſtreckt, während darüber hinaus ſelbſt die Poſtulate der aequitas zu ihrer defenſiven Geltendmachung des Mittels der exceptio bedürfen (§ 90 unter I B).

Jene Ordnung ſelbſt aber der defensio ipso iure gewinnt in practiſcher Beziehung den doppelten Effect, daß einmal die bezügliche Einrede, weil unabhängig von einer ſelbſteigenen Clauſel der formula, auch dann, wenn in iure nicht vorgeſchützt, in iudicio geltend gemacht werden kann, und ſomit insbeſondere auch die

---

1396) Vgl. Keller, Civ. Pr. § 35: „wogegen eine exc. doli ganz überflüſſig, ja widerſinnig wäre gegenüber einer a. pro socio, mandati, venditi, und dergl., indem hier ſchon die actio nur das zur Condemnation verweiſt, was Treu und Glauben gebieten, alſo gewiß von ſelbſt Alles ausſchließt, was nur durch Dolus verlangt werden könnte.“ Wegen der ſog. exc. non adimpleti contractus insbeſondere vgl. denſ. in Jahrb. f. gem. deutſch. Rt. IV, 337 fg. Im Allgemeinen ſ. Birkmeyer, Exceptionen § 17.

erſt nach der Lit. Cont. erworbene Einrede noch Effect gewinnt;[1397]) und ſodann daß die Einrede nicht nothwendig, wie die exceptio, die Klage vollſtändig elidirt, ſondern auch, ſo namentlich die Compenſations-Einrede, nur das Klagobject vermindernd wirken kann (A. 1266).

So aber prägen ſich in dem bon. fid. negotium die in § 82 dargelegten Grundſätze der aequitas allſeitig aus: indem die bon. fid. a. berufen iſt, das Princip des nemo cum damno alterius locupletior fieri debet zu verwirklichen, ſo beſchieht ſolches ebenſowohl zu Gunſten des Klägers: die aequitas begründet für dieſen die bon. fid. a. zur Verfolgung der durch die bona fides nach Maaßgabe jenes Principes demſelben zugebilligten Anſprüche, als auch zu Gunſten des Beklagten: die aequitas begründet für dieſen die defensio ipso iure zur Geltendmachung der nach der bona fides auf Grund jenes nämlichen Principes demſelben zuſtändigen Gegenanſprüche; und während in der erſteren Beziehung die civilrechtliche Eigenthümlichkeit der bon. fid. a. nur eine ſtoffliche iſt, beruhend auf der Beſonderheit der Poſtulate der aequitas, ſo iſt dieſelbe in der letzteren Beziehung zugleich eine methodiſche, beruhend darauf, daß der Gegenanſpruch ipso iure eine Einſchränkung des Voranſpruches ergiebt und ſo mit jenem in einem einigen Rechtsſtreite zum Austrage gebracht wird. Oder mit Einem Worte: die aequitas erlangt Geltung nicht bloß zu Gunſten des Klägers, ſondern gleichmäßig auch zu Gunſten des Beklagten: dort ein Klagrecht ebenſo begründend, wie beſchränkend, hier aber eine Einrede gewährend.

Während ſo daher die bon. fid. a. eine Wechſelſeitigkeit in Geltung der aequitas ergiebt, begründet dieſelbe aber auch die ſtricteſte Zweiſeitigkeit in deren Geltung, inſofern jeder Intereſſent die bona fides ebenſo vom Gegner fordern darf, wie ſelbſt dieſem gegenüber zu beobachten hat, demgemäß aber Voranſpruch, wie Gegenanſpruch, Befugniß, wie Verbindlichkeit ein Jedes für ſich nach den Poſtulaten der bona fides ebenſo zu Gunſten des Berechtigten, wie zu Gunſten des Verpflichteten beurtheilt und bezüglich ſeines pecuniären Objectes bemeſſen wird, ſomit aber

---

1397) So z. B. Ulp. 43 ad Sab. (D. XII, 6, 23. § 3) und 4 ad. Ed. in A. 1089.

auch jeder Intereſſent das collidirende Poſtulat der aequitas ipso iure zu ſeinen Gunſten geltend machen darf.

Und auf Grund von Alle dem geſtaltete ſich nun endlich das Richterurtheil in der bon. fid. a. zu einem boni viri arbitrium (Beil. VII § 23. 25 fg.).

§ 114.

Fortſetzung.

Theorie und Edict über die bonae fidei negotia.

Der interpretative Anknüpfungspunkt für die arbitria honoraria ward in proceſſualiſcher Beziehung zwar in der a. ex stipulatu gewonnen (§ 109), in civilrechtlicher Beziehung dagegen vornämlich in den arbitria legitima, deren überlieferter normativer Gehalt von Vorn herein auf die Erſteren übertragen ward (§ 110). Dieſer Moment an ſich aber iſt von hoher Wichtigkeit, inſofern er das Mittelglied bildet für den hiſtoriſch ſo bedeutungsvollen Vorgang, daß, indem man das dare facere oportere ex fide bona mit dem Werthe des quantum aequius melius est dari bekleidete, die fides bona auf die aequitas mit erſtreckt und ſomit die letztere dem Geſetze der erſteren als integrirender Beſtandtheil mit eingefügt ward.

Dahingegen für die bon. fid. contractus ward der interpretative Stützpunkt in dem pactum legitimum der XII Tafeln gewonnen: indem jene Contracte von Vorn herein als unſolenne Rechtsgeſchäfte auftraten, übereinſtimmend hierin mit dieſem pactum, ſo fand darin die Theorie der gegenwärtigen Periode das tertium comparationis, um die erſteren als pacta conventa dogmatiſch an das letztere anzuknüpfen, trotz dem daß die Klagbarkeit jener und die Klagloſigkeit dieſer doch einen weſentlichen Unterſchied zwiſchen beiden ergab; und zwar bekundet ſich dieſe Thatſache ebenſo durch ausdrückliche Zeugniſſe, wie durch den Sprachgebrauch der betreffenden Zeiten,[1398]) wogegen wiederum

---

1398) Beil. XXI § XXIII. Vgl. in letzterer Beziehung noch Veter. bei Pap. 5 Quaest. (D. II, 14, 39): pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere; Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 17. § 2): de pignore iure honorario nascitur pacto actio.

der Ausdruck contractus technisch in der beschränkten Bedeutung des wesentlich zweiseitigen Vertrages im Besonderen verwendet ward.[1399])

Der Gewinn indeß, der aus jener mehrfachen interpretativen Operation für die Theorie und Rechtsbildung sich ergab, war ein äußerst beschränkter: denn indem der a. ex stipulatu die Formel der bon. fid. a. entlehnt ward, so war hiermit allerdings für die Letztere eine formula von vollkommenster Verwendbarkeit und Elasticität gewonnen; allein eine Uebertragung der für die Originalklage geltenden Rechtssätze auf diese Nachbildung selbst erwies sich trotz Alle dem als unthunlich (§ 109 a. E.). Und wiederum, indem die bon. fid. contractus dem pactum legitimum coordinirt wurden, so gewann hiermit die Theorie zwar eine doctrinelle Stellung für diese neuen Gebilde in dem Rechtssysteme, von der nun auch, wie das Contractssystem von Qu. Muc. Ὅρων ergiebt (Beil. XXI § XXIII), Seitens der Rechtswissenschaft Gebrauch gemacht wurde; allein andrerseits genügte auch wiederum die hervorgehobene wesentliche Verschiedenheit zwischen beiderlei pacta, um jede weitergreifende und fruchtbarere Consequenz solcher Coordination abzuschneiden. Und so nun erklärt sich auch, daß bereits Serv. Sulpicius Rufus in seinem Obligationen-Systeme jene Einheit des pactum conventum fallen ließ und die bon. fid. negotia dem Gesichtspunkte der contractus consensu nati unterstellte, so dieselben als gesonderte, wie abgeschlossene Gruppe den obligationes re, verbis und litteris natae coordinirend (§ 53 a. E.).

Immerhin aber hat jene Auffassung der bon. fid. contractus als pacta conventa historisch eine sehr hervorragende Bedeutung

---

1399) Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 16, 19): „Actum" — generale verbum esse, sive verbis, [sive litteris] sive re quid agatur, ut in stipulatione vel [expensilatione vel] numeratione; „contractum" autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emtionem venditionem, locationem conductionem, societatem; und so noch Aristo, und Maurician. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2), Cels. 3 Dig. (D. XII, 4, 16), Ulp. 6 ad Ed. (D. L, 16, 10), wie bereits Serv. Sulpic. de Dot. bei Gell. IV, 4, 2: contractus stipulationum sponsionumque von der stipulatio und restipulatio (A. 242); und so denn auch das honor. Edict selbst in seiner Pars. IV: de Contractibus: Voigt, Cond. ob. caus. A. 205. Vgl. auch A. 1500.

erlangt dadurch, daß daran der Prätor ein bezügliches Edict anknüpfte, welches nach § 116 in seiner ältesten, vom Prätor C. Cassius Longinus vom Jahre 627 herrührenden Fassung lautete:

Pacta conventa, quae nec dolo malo, nec adversus leges, plebiscita, edicta magistratuum facta erunt, servabo,

und in welches dann der Prätor Cn. Octavius vom Jahre 680 noch die Clausel „nec vi" einschob.

Und zwar indem dieses Edict nach § 117 unter den pacta conventa theils die bon. fid. contractus, theils die pacta adiecta, theils die liberatorischen und processualischen pacta, wie transactio, pactum de non petendo oder auch de petendo, Vereinbarung der Litis Aestimation, wie aber auch die solutio bei den solennen bon. fid. negotia inbegreift; indem ferner dasselbe im Allgemeinen die Rechtsgültigkeit dieser pacta anerkennt („servabo"), im Besonderen aber wiederum die Rechtsungültigkeit derjenigen pacta ausspricht, welche durch Arglist oder Gewalt zu Stande gekommen sind oder eine rechtswidrige Disposition des Mitinteressenten ergeben; so enthält nun dieses Edict eine allgemeine Bestätigung einer Mehrzahl der in § 112 fg. festgestellten Rechtssätze: einerseits correspondirt der von demselben ausgesprochenen Gültigkeitserklärung der pacta conventa ebensowohl die Klagbarkeit der bon. fid. contractus und resp. der pacta adiecta (A. 1368—70), als auch die defensio ipso iure auf Grund Beider (A. 1396), wie auf Grund der liberatorischen und processualischen pacta (A. 1089); und andrerseits wiederum der von dem Edicte ausgesprochenen Rechtsungültigkeit der pacta conventa correspondirt die bei den bon. fid. contractus und deren accessorischen pacta Platz greifende defensio ipso iure wegen dolus malus und vis (A. 1375), sowie wegen Rechtswidrigkeit, Momente, auf welche in § 117 des Näheren zurückzukommen ist.

Nicht minder griff aber auch das prätorische Edict darin in die bon. fid. actiones ein, daß dasselbe auf die letzteren das iusiurandum in litem übertrug. Denn indem der historische Ausgang des Letzteren auf die actiones arbitrariae und somit auf die a. redhibitoria insbesondere zurückzuführen ist, so gelangte nun dasselbe in die bon. fid. actiones auf dem Wege einer Uebertragung, die

auf das prätor. Edict allein sich zurückführen läßt,[1400]) und die nun innerhalb des gegenwärtigen Zeitraumes zu dem Zwecke bewerkstelligt wurde, um im Falle der dolosen Verweigerung oder Vereitelung der Solution Seitens des Beklagten dem Richter die Quantificirung des Schadenersatz auf einem zugleich dem Kläger vortheilhaften Wege zu erleichtern (A. 838).

Endlich erfolgte nun auch, wie Gai. III, 180, 181. IV, 106, 107, 114 bekundet, die Uebertragung der für die cond. triticaria gültigen und von hier in den Proceß der lex Aebutia herübergenommenen Rechtsordnung der novatorischen Wirkung der Lit. Cont. bezüglich der litigiösen Forderung auf die bon. fid. actiones, insoweit solche iudicium legitimum begründeten (§ 138). Die Consequenzen aber von solcher Novation sind in einfacher logischer Consequenz die entsprechenden, wie bei der cond. triticaria (§ 98): auf der einen Seite tritt auf Grund der Lit. Cont. das bisherige Debitum aus dem obligatorischen Nexum zwischen dem Creditor und Debitor vollständig heraus; und dies bedingt namentlich daß vor Allem die spätere Solution den Debitor nicht mehr liberirt und dessen Condemnation nicht abwendet (Gai. IV, 114), vielmehr die Solution nur nach dem Gesichtspunkte eines pactum in foro conventum, somit auf Grund besonderer, in iudicio abgeschlossener Vereinbarung mit dem Kläger und demnach nicht ohne Einverständniß des Letzteren liberatorischen Effect gewinnen kann; sodann daß die spätere casuelle Vereitelung der Solution, ähnlich

---

1400) Vgl. Schröter in Zeitschr. f. Civilr. und Proc. 1834 VII, 385. Erwähnt wird dasselbe von Cic. p. Rosc. Com. 1, 4: iurare in litem non dubitat. Dazu bemerkt Schmidt, Cic. p. Rosc. Com. in l. c.: miror quod vir ille de Schröter — hunc locum ad iuramentum in litem referre non dubitat; quippe hoc in actione certae pecuniae locum non habere iam vidit Hotomannus. — Equidem cum Passerato facio, qui de deferendo iuramento cogitat. Solches Bedenken ist allerdings gerechtfertigt und diese Erklärung möglich; allein weit näher liegt es noch, in jenen Worten Cicero's eine oratorische Figur: eine tendenziöse Verunglimpfung des Fannius zu erblicken, da Gleiches in 6, 16—7, 21 und 9, 25 hervortritt, wo Cic. tendenziös auf den Character der a. p. socio als famosa hinweist, während doch die von Fannius angestellte certi condictio mit solcher nichts gemein hat. Auf alle Fälle aber berechtigt der von Cic. gewählte technische Ausdruck zu der Annahme, daß die fragliche Institution seiner Zeit bereits geläufig war.

wie in Folge mora solvendi (A. 1391), den Debitor nicht mehr von dem Creditor liberirt und ebenſowenig die Condemnation des Erſteren abwendet; ſowie endlich daß die Folgewirkungen der etwa verſchuldeten Vereitelung der Solution oder mora solvendi für die Zukunft aufhören, ja die dadurch herbeigeführte perpetuatio obligationis ſelbſt (A. 1371) unterbrochen wird. Dagegen tritt andrerſeits nunmehr ein neues Debitum in den obligatoriſchen Nexus zwiſchen Kläger und Beklagten hinein, deſſen öconomiſcher Gehalt in dem Quidquid dare facere oportere ex fide bona der intentio und condemnatio gegeben iſt. Und zwar umfaßt dieſe Formel, indem derſelben von Vorn herein die Bedeutung des quanti ea res erit beigemeſſen wird (§ 124 unter II), bei nicht vorgängiger mora solvendi das pretium der urſprünglichen res debita, reſp. ſammt Zugang an omnis causa und dergl. und Abgang an impensae necessariae, bei mora solvendi aber überdem noch den vom Debitor zu erſtattenden Schadenerſatz (§ 112), während wiederum der öconomiſche Gehalt jenes quanti res est nach Maaßgabe jener Theorie bemeſſen werden mußte im Falle der einfachen, nicht qualificirten Nichtleiſtung der res debita nach den thatbeſtändlichen Verhältniſſen zur Zeit und am Orte des Lit. Cont., da dieſelben der alten Obligation angehören, welche ja mit der Lit. Cont. novirt wird und ſonach untergeht, dagegen im Falle der mora solvendi electiv nach gleichem Zeitpunkte und Orte oder nach dem Zeitpunkte des Eintrittes der Mora und dem Solutionsorte, endlich bei verſchuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte oder im Falle ſonſtiger vertretbarer Widerrechtlichkeit nach dem Zeitpunkte ſolcher Widerrechtlichkeit und dem Solutionsorte (vgl. § 72 unter B 1), insgeſammt Beſtimmungen, gegen die jedoch bereits zu Ausgang dieſer Periode Serv. Sulpicius mit reformirenden Sätzen auftrat (§ 119 a. E.) und die in der folgenden Periode aufgegeben wurden (§ 139).

§ 115.

Die actio ex stipulatu.

Die a. ex stipulatu, ſich concipirend auf: Quidquid parret — — dare facere oportere ex fide bona, eius — — condemnato,

ward der gegenwärtigen Periode überliefert in der sehr beschränkten Verwendung bei der cautio rei uxoriae, wie bei der fidepromissio, beidemal gestützt auf eine eigenthümliche Clausel beider Stipulationen, welche dort sich concipirte auf quod aequius melius esset, apud virum remaneret, reliquum dotis restitueretur uxori, hier dagegen auf das Wort fide mea (§ 107). In der gegenwärtigen Periode nun trat nach Beil. XIX § III. IV einerseits eine Verallgemeinerung in der Verwendung der a. ex stipulatu ein: ebensowohl wurde dieselbe nunmehr aus jedweder Stipulation mit doli clausula gegeben, als auch wieder jede Stipulation als geeignet zur Aufnahme solcher Clausel anerkannt ward; und andrerseits nahm wiederum die doli clausula eine verwendbarere Conception an, so namentlich auf dolum malum huic rei promissionique abesse afuturumque esse oder cui rei si dolus malus non abest, non abfuerit, quanti ea res est, tantam pecuniam dari oder ähnlich, wobei man trotz der Beschränkung solcher Clausel in der Conception auf dolus malus (Argliſt) die darauf gestützte Klage bei ihrer Conception und Richtung auf die fides bona im Allgemeinen beließ. Insbesondere ward die erstere doli clausula allen praetoriae stipulationes inserirt, so daß die Klage aus solchen selbst dann, wenn die Stipulation auf certa pecunia sich concipirte, a. ex stipulatu und somit incerta war, wie dies auch J. Just. III, 15. pr. bekunden, demgemäß aber auch der bei certi condictio eintretenden poena temeritatis von $33^1/_3$ % sich entzog (Beil. XIX A. 61). Wohl aber empfing diesfalls die a. ex stipulatu eine auf solche Summe concipirte taxatio, wie dies bezeugt wird durch

Diocl. im C. Just. VIII, 39, 3: super stipulatu tuo adi praesidem provinciae, ut — quantum constiterit interesse tua — dotis portionem — restitutam fuisse, ob incertae actionis effectum concludat condemnationem taxatae quantitatis.

Im Uebrigen aber ward, allerdings erst in der nächstfolgenden Periode, die normale Conception der condemnatio jener Klage in zwei Fällen abgeändert in der Weise, daß das Eius mit einem Quanti ea res erit vertauscht ward, und dies zwar

a. nach dem vorjulianischen Edicte aus dem bei a. iudicati und depensi „recuperatoribus suppositis“ (Gai. IV, 185) in iure bestellten honorarischen vadimonium:

Gai. IV, 186: si quidem iudicati depensive agetur, tanti fiet vadimonium, quanti ea res erit;

Val. Prob. de Not. V § 8: Q. E. R. E. T. P. J. R. D. T. D. D. P. F.: quanti ea res erit, tantae pecuniae iudicium recuperatorium dabo testibusque publice dumtaxat decem denuntiandi potestatem faciam;

b. nach dem edictum perpetuum aus der in iure beſtellten cautio iudicio sisti wider den adpromissor:

Gai. 1 ad Ed. prov. (D. II, 8, 3): sive in duplum est actio sive tripli aut quadrupli, tanti eundem fideiussorem omnimodo teneri dicemus, quia tanti res esse intelligitur;

Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 8, 2. § 5): in fideiussorem, qui aliquem iudicio sisti promiserit, tanti, quanti ea res erit, actionem dat praetor.

Die Tendenz aber der doli clausula iſt partielle Uebertragung der aequitas auf die Stipulation (§ 136), dementſprechend daher die a. ex stipulatu eine Zwitterbildung von aequitas und rigor ergiebt: dieſelbe wird einerſeits auf dare facere oportere ex fide bona concipirt, während ſie andrerſeits als stricti iur. actio anerkannt ward. Und zwar theilen ſich bei dieſer Klage rigor und aequitas in der Maaße über die Herrſchaft, daß das in Worten Verlautbarte dem rigor, das nicht Verlautbarte dagegen der aequitas unterfällt, ſomit aber die aus den Stipulationsworten ſich ergebenden Verpflichtungen dem strictum ius, die darüber hinausliegenden, auf das dolo malo abesse zurückgehenden Verbindlichkeiten dagegen der bona fides unterſtellt werden, demnach aber die a. ex stipulatu innerhalb der erſteren Sphäre stricti iuris a., innerhalb der letzteren Sphäre bon. fidei iſt. Begründet ſomit bereits ſolche extenſive Beſchränkung des Herrſchaftsgebietes der aequitas bei der a. ex stipulatu eine weſentliche Verſchiedenheit derſelben von der bon. fid. a., ſo iſt ſolches nur in noch höherem Maaße der Fall hinſichtlich der normativen Wirkſamkeit, welche die aequitas erlangt: während die bon. fid. a. als Organ der beiderſeitigen Partei-Intereſſen dient und ebenſo den aus der bona fides ſich ergebenden connexen Gegenanſpruch des Beklagten in ſich aufnimmt, als auch bei Haupt-, wie Gegenanſpruch das nach Maaßgabe der bona fides collidirende Intereſſe des Gegners mit in Betracht zieht (§ 113), ſo fehlt nun bei der a. ex stipulatu

ſolche Zweiſeitigkeit in Geltung und Wirkung der bona fides: indem die doli clausula nur dem Verpflichteten, nicht aber dem Berechtigten den dolus malus unterſagt und ſomit dieſelbe nur durch den dolus malus des Erſteren, nicht aber auch des Letzteren verletzt wird, ſo hat dieſelbe demgemäß auch nicht den Effect, in der a. ex stipulatu einem auf der bona fides beruhenden Gegenanſpruche des Beklagten Eingang und Effect oder einem mit dem klägeriſchen Anſpruche collidirenden, auf die bona fides geſtützten Intereſſe deſſelben Geltung zu verſchaffen und ſomit in beiderlei Beziehung die gemeine Rechtsordnung zu Gunſten des Letzteren abzuändern, ſo daß namentlich die mora accipiendi, wie die Gegenanſprüche des Beklagten wegen aufgewendeter Impenſen oder wegen einer durch dolus malus oder vis des Klägers erlittenen Schädigung nicht der Wirkungsſphäre der doli clausula, als vielmehr der gemeinen Ordnung des Stipulationsrechtes (§ 98) unterfielen, ſomit aber ſolche Compenſations-Einrede, inſoweit zuläſſig, auch nicht durch defensio ipso iure, als vielmehr nur ope exceptionis zur Geltung gebracht werden konnte.[1401])

Von dieſem Geſetze aber ergab keine Ausnahme, daß auf Grund der obigen doli clausula bei cautio rei uxoriae dem Ehemanne ex officio iudicis diejenigen retentiones dotis zugeſprochen werden, welche die Volksanſchauung oder das Recht dem aequius melius esse apud virum remanere unterſtellt, ſo propter impensas: denn dieſe Retentionen ſind ja doch durch den Wortlaut ſelbſt der Stipulation dem Beklagten reſervirt und ſomit als Vertragsinhalt

---

1401) Vgl. § 132 und jetzt auch Birkmeyer, Exceptionen § 19. Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 15): etsi ex stipulatu actio competat propter doli clausulam, tamen nocere doli exceptionem „Si adversus ea factum erit"; posse enim petitorem, antequam stipulatio committatur, nihil dolo malo fecisse et tunc facere, quum petat; propter quod exceptionem esse necessariam, vgl. Beil. XXI A. 64. Und ſo im Beſonderen Ofil. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 6); Pomp. bei Ulp. 76 ad Ed. und Gai. 29 ad Ed. prov. in A. 1601; Modest. de Diff. dot. in A. 1603; Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 3), Jul. 3 ad Urs. Fer. Ulp. 80 ad Ed. und Paul. 7 Resp. in A. 1609; und ſo auch wegen caſuellen Unterganges der res legata bei cautio leg. Falcid.: Ulp. 79 ad Ed. (D XXXV, 3, 1. § 15); vgl. auch Venul. 12 Stip. (D. VII, 9, 4). — Bezüglich der Theilbarkeit der Obligation auf facere treten dagegen die stipulationes praetoriae auf die Seite der bon. fid. actiones: A. 1228.

ſchon nach strictum ius in Abzug zu bringen; wohl aber gewinnt ſolche Ordnung den Character des Exceptionellen von dem Zeitpunkte ab, wo theils an Stelle der obigen ſpeciellen doli clausula die gemeine doli clausula bei cautio rei uxoriae zur Anwendung gelangte, theils neue retentiones anerkannt und der Geltendmachung durch exc doli überwieſen werden, wie propter res donatas.[1402]) Und eine zweite Ausnahme wird ſodann aus der Vorſchrift des prätoriſchen Edictes, daß gegenüber der stipulatio praetoria wegen nicht connexer Gegenforderungen die Compenſation Platz greife, von der Rechtswiſſenſchaft abgeleitet in dem Satze, daß auch gegenüber der a. ex stipulatu praetorio wegen ſolcher Gegenforderung die Compenſation ope exceptionis doli mali eintrete.[1403])

Dahingegen gewinnt wiederum die doli clausula den Effect, die a. ex stipulatu auf das Fundament der aequitas überzuleiten, in Bezug auf alle diejenigen Verpflichtungen, welche die bona fides dem Verpflichteten und Beklagten auferlegt und die ſonach auch durch die bon. fid. a. demſelben gegenüber zur Geltung gelangen. Und ſo daher dient die a. ex stipulatu dem Kläger nicht bloß als Contractsklage auf Erfüllung, ſondern nicht minder auch, abweichend von der Ordnung des Condictionenrechtes (§ 98), in der Function ebenſowohl einer Schädenklage wegen verſchuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, wegen dolus malus[1404]) und wegen vis, als auch einer Bereicherungsklage auf Reſtitution des von der res debita gezogenen nicht vertragsmäßigen Zwiſchengewinnes.

1402) Wegen der retentiones propter impensas vgl. namentlich Paul. 7 ad Sab. (D. XXIII, 4, 5. § 2): si convenerit, ne ob impensas necessarias ageretur, pactum non est servandum, quia tales impensas dotem ipso iure minuunt. Wegen der retentiones propter res donatas vgl. namentlich Marcian. 3 Reg. (D. XXXIII, 4, 5).

1403) Jul. bei Ulp. 63 ad Ed. (D. XVI, 2, 10. § 3) und dazu Beil. XIX A. 65; Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XVI, 2, 5); Venul. 15 Stip. (D. XLVI, 8, 8. § 1).

1404) Vgl. Beil. XIX A. 67; dann Ulp. 29 ad Sab. (D. XXI, 1, 21. pr.). In dieſer Function folgt die a. ex stipulatu auch darin dem Geſetze der bon. fid. a. (bei A. 1035), daß ſie wegen des dolus malus des Erblaſſers auch wider den Erben in solidum geht: Pap. 11 Resp. (D. XLV, 1, 121. § 3).

Und zwar, was insbesondere die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution betrifft, so wird die in dieser Beziehung im Condictionenrechte obliegende Haftung für culpa in faciendo durch die obige Rechtsordnung auch auf die culpa in non faciendo erweitert, wogegen die Haftung für casus, ebensowenig wie bei dem bon. fid. negotium, dem Debitor auferlegt ist.[1405] Und demgemäß fällt denn nun auch entsprechend der beim bon. fid. negotium geltenden Ordnung der Zwischengewinn von der res debita dem Creditor zu:

Pap. 27 Quaest. (D. XXII, 1, 4. pr.): si stipulatus sis: „Rem dari vacuamque possessionem tradi", fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba (i. e. „vacuam possess. tradi") consecuturum te ratio suadet. An idem de partu ancillae responderi possit considerandum est; nam quod ad verba superiora (i. e. „rem dari") pertinet, sive factum rei promittendi sive effectum per traditionem dominii transferendi continent, partus non continetur. — — Sed tamen propter illa verba „Vacuamque possessionem tradi" potest dici partus quoque ratione committi incerti stipulationem; etenim ancilla tradita partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset;[1406]

Sev. und Car. im C. Just. V, 18, 1.

Und nicht minder endlich enthält die mora solvendi eine Verletzung der doli clausula, demgemäß die bezüglichen Folgewirkungen beim bon. fid. negotium auch bei der a. ex stipulatu zur Geltung kommen mußten, obwohl, da die letztere auf quanti res est sich richtet (§ 124 unter II), mit Ausnahme der Rechtsordnung, welche dem Debitor den Ersatz des dem Creditor verursachten Schadens auferlegt.[1407]

1405) Ulp. 7. 79 ad Ed. (D. XLV, 1, 69. XXXV, 3, 1. § 15. fr. 3. pr.); Paul. sent. rec. I, 13a, 1; 4. 75 ad Ed. (D. II, 8, 4. XXXV, 3, 2).

1406) Dagegen gehört nicht hierher Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 3. § 1): s. A. 1212, daher der von Mommsen, Erörter. I, 34 vorausgesetzte Widerspruch gar nicht obwaltet.

1407) Im letzteren Punkte trat erst in der folgenden Periode eine Aenderung ein: A. 1683 a. Im Uebrigen stehen mir allerdings nur die Zeug-

Dahingegen innerhalb des Proceſſualiſchen gewinnt die doli clausula keinen beſtimmenden Effect: die a. ex stipulatu ſtellt ſich ſtreng auf Seiten der stricti iur. actiones in Bezug auf den Effect der Lit. Cont. und die durch dieſelbe bedingte Ausſchließung der Zahlung des urſprünglichen Debitum (§ 139 unter c), in Bezug auf die Geltendmachung der Einreden ope exceptionis (§ 132), in Bezug auf das iusiur. in litem (Beil. XIX § IV unter 1) u. dergl. Und damit ſteht denn auch in Verbindung, daß der condemnatio der a. ex stipulatu, ebenſo wie der incerti cond. die Richtung auf das quanti res est beigemeſſen wird, während die condemnatio der bon. fid. a. auf das quanto minoris allein von der gegenwärtigen Periode beſchränkt wird (§ 124 unter II).

Endlich eine ganz beſondere hiſtoriſche Bedeutung und Tragweite erlangt der im Obigen hervorgehobene Moment der Umänderung der Conception von der doli clausula. Denn indem einerſeits neben die altüberlieferten Clauſeln quod aequius melius est und fide mea die Conception auf dolum malum abesse trat, und indem andererſeits ſolcher jüngeren Clauſel nicht eine entſprechende intentio auf dare facere oportere sine dolo malo verliehen, als vielmehr die dort überlieferte intentio auf dare facere oportere ex fide bona belaſſen wurde; indem daher inſoweit der dolus malus eine Klage wegen Verletzung der fides bona begründete, ſo ergab nun ſolcher Sachverhalt den Schein, als ob dolus malus und bona fides gleich als Verletzung und als Beobachtung des einigen ethiſchen Geſetzes zu einander ſich verhielten und einander ſich deckten; oder es bot wenigſtens jener Sachverhalt der Interpretatio den Stützpunkt, die bezeichnete Congruenz von dolus malus und fides bona zur Geltung zu bringen. Und dies nun beſchah in der That in der nächſtfolgenden Periode bezüglich der a. ex stipulatu, wie der bon. fid. a., der arbitria legitima und der exc. doli (§ 132).

---

niſſe von Ulp. 78 ad Ed. (D. XLV, 1, 82. § 1) und 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1), wozu vgl. § 84 unter D II, wie von Paul. 4 ad Ed. (D. II, 8, 4), 16 Quaest. (D. XVIII, 4, 21) zu Gebote.

§ 116.

Die actio und exceptio doli mali und quod metus causa. Die Edicte über dolus malus und vis.

Der dolus malus (Argliſt) und die vis (Zwang), dafern dieſelben die Willensbeſtimmung beim Rechtsgeſchäfte beeinfluſſen, werden von Vorn herein nicht vom Geſichtspunkte der voluntatis ratio und als Fehler der Willensbeſtimmung, als vielmehr vom Geſichtspunkte der damni ratio: um der dadurch herbeigeführten ungerechtfertigten Vermögensſchädigung willen mit juriſtiſcher Relevanz bekleidet, demgemäß nun auch ſolcher ſchädigende Effect ein weſentliches Merkmal des bezüglichen Thatbeſtandes bildet und das Ziel der betreffenden aggreſſiven Rechtsmittel nicht Nullitätserklärung, ſondern, von der restit. in integr. abgeſehen, durchaus nur Schadenerſatz-Leiſtung iſt (§ 30). Die Rechtsverhältniſſe ſelbſt aber, in denen am früheſten dolus malus und vis mit juriſtiſcher Relevanz bekleidet waren, ſind von Alters her die legitima arbitria, bei denen beide ipso iure ebenſowohl ſolche Klage, wie defensio ipso iure begründen (§ 102); an dieſe ſchließen ſich ſodann in gleicher Modalität, wie mit gleichem Effecte an die bon. fid. negotia (§ 112), während wiederum bei der a. ex stipulatu der dolus malus nur auf Grund der doli clausula und nur klagbegründenden Effect gewinnt (§ 115). Und endlich ſind es noch einige ſpecielle Vorkommniſſe, in denen der dolus malus Relevanz erlangt [1408]): theils nach der lex Plaetoria vor dem Jahre 545 bei Rechtsgeſchäften mit Minderjährigen, wo dadurch eine eigene a. de dolo: das arbitrium, wie auch die exc.

1408) Cic. Off. III, 15 fg. zählt als die Fälle der Relevanz des dolus malus auf theils die a. de dolo des aquiliſchen Edictes, theils als vor-aquiliſch die a. tutelae, legis Plaetoriae, rei uxoriae, fiduciae; nicht minder die Klagen mit der Formel auf Ex fide bona: die arbitria honoraria und a. ex stipulatu; endlich das Verbot der reticentia bei Verkauf von Grundſtücken, wie des ädiliciſchen Edictes: Beil. II § 2, womit bezüglich des letzten Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 1. § 2) übereinſtimmt. Allein die Rechtsordnung der reticentia, wenn immer auch dieſelbe practiſch gewiſſen Vorkommniſſen des dolus malus entgegentritt, ſteht theoretiſch doch auf anderem Fundamente.

legis Plaetoriae begründet wird,[1409]) theils bei der fiducia und ſpäter bei anderweiten bon. fid. negotia mit fremden Gewaltuntergebenen, wo der dolus malus des Gewalthabers wider den letzteren die bon. fid. a. de peculio und de in rem verso mit der Clauſel „Praeterea et si quid dolo malo Numerii Neg. captus fraudatusque Aulus Ag. est", ſomit aber als a. de dolo begründet.[1410])

Dieſe Relevanz-Sphäre der dolus mal., wie der vis ward nun ganz bedeutend erweitert durch das honorariſche Edict, welches auch bei stricti iuris negotia, wie weiterhin bei allen anderen Rechtsacten dieſelben reprimirte und welches in dieſer Richtung

---

1409) Wegen der a. leg. Plaetoriae vgl. A. 1283. Wegen der exc. leg. Plaetoriae vgl. Cic. de Off. I, 10, 32: illis promissis standum non esse quis non videt, quae coactus quis metu, quae deceptus dolo promiserit? quae quidem — liberantur nonnulla legibus, ſowie Plaut. Rud. V, 3, 24 fg., wo die Provocation auf die einem Schiedsrichter zu unterbreitende Wette über denjenigen Rechtsgrund mitgetheilt wird, welchen der Provocant einer bezüglichen Klage entgegenſtellen könnte, und zwar darüber: ni dolo malo instipulatus sis nive etiamdum [hau] siem XXV annos natus; vgl. Voigt, Bedeutungswechſel A. 55. Das Geſetz ſelbſt brauchte die Ausdrücke dolus malus: Cic. de Off. III, 15, 61: dolus malus erat vindicatus, Plaut. cit.; wie circumscribere: Cic. l. c., und ſo auch p. Cluent. 16, 46: circumscriptio adolescentium, Phil. XIV, 3, 7: adolescentulos circumscribunt; Juv. Sat. XV, 135: pupillus ad iura vocans circumscriptorem, und ſo nun auch bei Lab. in Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 16. § 1); Pomp 1 S. C. (D. XVI, 1, 32. pr.); Ulp. 9. 22 ad Ed. (D. IV, 4, 16. § 1. XII, 2, 9. § 4); Paul. 3 ad Plaut. (D. XLIV, 1, 7. § 1), 69 ad Ed. (D. XLVI, 2, 19), 15 Quaest. (D. XLVI, 3, 98. § 2); Herm. 1 Jur. Ep. (D. IV, 4, 17). Dem Allem entſprach die quasi taxatio der intentio: Utine dolo malo tuo captus fraudatusque sim: A. 1285. Wegen des Alters der lex Plaetoria ſelbſt vgl. unten A. 1441.

1410) Beil. XX A. 28 und oben A. 1285. Somit ward demjenigen, der mit dem fremden Gewaltuntergebenen ein bon. fid. negotium abſchloß und dadurch deſſen Herrn de peculio oder de in rem verso obligirte, dem Letzteren gegenüber die Stellung des Minderjährigen eingeräumt: die argliſtige fraudatio (Benachtheiligung) Seitens des Herren begründete die bon. fid. a. de peculio oder de in rem verso und ſolche Extenſion der Klage fand proceſſualiſch ihren Ausdruck und ihr Fundament in dem obigen Formeltheile. Von Vorn herein griff jedoch ſolche Ordnung nur bei a. fiduciae Platz: Pomp. bei Ulp. 2 Disp. (D. XVI, 1, 36) und Jul. bei Ulp. 28. 30 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 5. XVI, 3, 1. § 42), bis endlich durch Pomp. dieſelbe auf die übrigen bon. fid. negotia extendirt ward.

drei verſchiedene Clauſeln enthielt, die ſelbſt in dem edictum perpetuum lauten:

Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, edicta, decreta (Hal.) principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo: Dig. II, 14, 7. § 7;

Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit[1411]) et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo: Dig. IV, 3, 1. § 1;

Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo: Dig. IV, 2, 1.

Die Faſſung aller dieſer Edicte gehört indeß erſt einer jüngeren Periode an, indem die früheren Redactionen in mehrfachen Punkten abweichend lauteten.

Und zwar zuvörderſt iſt es bezüglich der erſten beiden Edicte die Erwähnung der fraus neben dem dolus malus, welche in Frage kömmt. Hierfür aber ergeben einen Fingerzeig zunächſt das Edict Infamia notatur, welches in ſeinem bezüglichen Theile im edictum perpetuum lautet:

Qui — — iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: Dig. III, 2, 1

und andererſeits wiederum der entſprechende Text der lex Jul. munic v. 709 in C. J. L. I no. 206 lin III, welcher lautet:

Queive iudicio — iniuriarum deve d(olo) m(alo) condemnatus est, erit.

Denn bei der ſo überaus ſorgſamen Redaction, welche den röm. Geſetzen zu Theil wurde (A. 94), iſt aus der Faſſung der

---

1411) Dementſprechend geht Ulp. in ſeinem bezüglichen Commentar von dem in Dig. IV, 3, 1. § 2. 3 erörterten Worte dolus in § 4 fg. ſofort zu der Clauſel si de his rebus alia actio non erit über. Dies ergiebt, daß die von Rudorff, Edict perp. § 39 vorgenommene Einſchiebung von fraudisve nach dolo malo für das edict. perpet. zu verwerfen iſt. — Die Sentenz bezüglich des Edictes Pacta conventa bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 10): si fraudandi causa pactum factum dicetur, nihil praetor adiicit etc. bezieht ſich in Verbindung mit § 11 darauf, daß das Edict nichts beſagt von dem pactum, quo fraus cui eorum factum sit, ſondern nur von dem pactum, quo fraus fiat. — Wegen der Edicte über dolus malus und vis vgl. Bangerow, Pand. I § 185 A. 1. Schliemann, Zwang § 1 fg. und die daſ. Citirten.

lex Jul. mun. zu entnehmen, daß im Jahre 709 ebenſo das Edict Infamia notatur[1412]) abweichend von der uns überlieferten Faſſung, als auch das Edict Quae dolo malo in der uns überlieferten Faſſung: auf dolo malo ſchlechthin und ohne den Zuſatz von fraus ſich concipirten, ja daß auch das Edict Pacta conventa bei ſeiner innigen Correſpondenz mit dem Edicte Quae dolo malo damals die Clauſel neque quo fraus cui eorum fiat noch nicht kannte.

Wohl aber nehmen in der Kaiſerzeit dieſe Edicte einen derartigen Zuſatz in ſich auf, wie dies bekundet wird bezüglich der Edicte Infamia notatur und Pacta conventa durch deren Faſſung im edictum perpetuum, bezüglich des Edictes Quae dolo malo aber ebenſo mittelbar durch das Edict Infamia notatur: de dolo malo et fraude damnatus erit, wie unmittelbar durch Val. Prob. de Litt. sing. § 5 no. 5 (Gramm. lat. ed. Keil. IV, 274), der aus dem Edicte die Paſſage überliefert D. M. F. V. C.: dolo malo fraudisve causa, die, indem ſie in das Edict über die a. de dolo allein paſſend ſich einfügt (A. 1411), die entſprechende Conception

---

1412) Das Edict Infamia notatur wird der ‚Republik überwieſen von Marezoll, bürgerl. Ehre 99 fg. 212. Geib, Crim. Pr. 256 (allein doch ohne Beweis), wie von Raſpe, Calumnia 43. Und in der That gehört daſſelbe dahin, von Einzelheiten abgeſehen. Den Beweis ergeben: 1. Cat. de re Floria bei Gell. IX, 12, 7: qui palam corpore pecuniam quaereret aut se lenoni locavisset, etsi famosus — fuisset, wozu vgl. lex Jul. mun. lin. 123; Cic. p. Rosc. Am. (674) 39, 113: negligentia mandati in crimen iudiciumque infamiae vocatur; 2. Varr. LL. VI, 7, 71 (A. 1204); 3. die Calumniatoren ſind zu Cic. Zeit ausgeſchloſſen von der criminellen postulatio: Cic. p. Rosc. Am. (674) 20, 57; dies aber beruht nicht auf der lex Remmia, ſondern ward hergeleitet aus der infamia der Calumniatoren: Cic. in Q. Caecil. (684) 21, 71, wozu vgl. Raſpe, a. O. 62, welche wiederum nicht von der lex Remmia, ſondern durch das honorar. Edict (Dig. III, 2, 1) ausgeſprochen war: Raſpe, a. O. 43. 60 fg. 4. die Gründe der Ausſchließung von der criminellen accusatio wurden von Auguſt zuſammengefaßt in ſeiner lex publicorum: Venul. 2 de iud. publ. (D. XLVIII, 2, 12. § 2), Macer 2 de ind. publ. (D. cit. 8), Ulp. 2 de adult. (D. cit. 4, wo die Worte der lex Julia noch durchklingen); indem dagegen der lex privatorum v. 737 eine derartige Beſtimmung bezüglich der civilproceſſualiſchen postulatio fehlt, wie dies das Stillſchweigen der Quellen und insbeſondere Ulp. 6 ad Ed. (D. III, 1, 1. § 8) erkennen läßt, ſo kann der Grund dafür nur darin gefunden werden, daß ein feſtſtehendes, tralaticiſches Edict ſolches überflüſſig machte.

des vorjulianiſchen Edictes bekundet. Der Zeitpunkt ſelbſt aber, wo ſolcher Einſchub der fraus in jene Edicte erfolgte, iſt das Zeitalter Auguſts, da von da ab fraus ſeine Verwendung in der dort maaßgebenden Bedeutung von Benachtheiligung verliert. [1413]) Somit aber ergeben alle dieſe Momente eine dreifache Conception der fraglichen Edicte Pacta conventa, Quae dolo malo und Infamia notatur: in älteſter und zwar vorauguſteiſcher Zeit concipiren ſich dieſelben auf dolus malus ſchlechthin und ohne den Zuſatz von fraus;

in der auguſteiſchen Zeit nehmen dieſelben den Zuſatz, die fraus betreffend, auf;

in der julianiſchen Redaction endlich wird dieſer Zuſatz wiederum getilgt in dem Edicte Quae dolo malo, dagegen inconſequenter Weiſe ſtehen gelaſſen in den Edicten Pacta conventa und Infamia notatur (A. 1413).

Sodann ein zweiter Punkt betrifft die für das Edict Pacta conventa bekundete Verbindung von vis mit dolus malus, worauf ſich bezieht:

Cic. de Off. (v. J. 710) III, 24, 92: pacta et promissa semperne servanda sint „Quae nec vi nec dolo malo", ut praetores solent, „facta sint"; wozu vgl. I, 10, 32: illis promissis standum non esse quis non videt, quae coactus quis metu, quae deceptus dolo promiserit? Quae quidem pleraque iure praetorio liberantur, nonnulla legibus; 13, 41: cum duobus modis id est aut vi aut fraude fiat iniuria,

und woraus ſich nun ergiebt, daß jenes Edict zu Cicero's Zeit ſich concipirte auf: Pacta conventa, quae nec vi nec dolo malo nec adversus leges etc.

Andererſeits berichtet dagegen wiederum

Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 33): metus causa exceptionem Cassius non proposuerat, contentus doli

---

1413) Voigt, Bedeutungswechſel 110 fg. Außer in den Edicten Pacta conventa und Infamia notatur haben ſich fraus und fraudatio in dem Sinne von Benachtheiligung auch in den Edicten über die Fabiana, Calviſiana und Pauliana erhalten: Voigt, a. O. 114 fg.

exceptione, quae est generalis. Sed utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem.

Und zwar da ein eigenes Edict weder über die exc. doli mali, noch über die exc. quod met. c. proponirt iſt, ſo kann dieſe Sentenz in der Vorquelle, aus welcher Ulp. ſchöpfte, nur in Beziehung zu dem Edicte Pacta conventa mit ſeinen Defenſivmitteln wegen dolus malus und vis (§ 117) geſtanden haben, ſo daß es nur auf Rechnung der kurz gefaßten Ausdrucksweiſe Ulpian's zu ſtellen iſt, wenn jene Notiz die Beziehung auf ein eigenes Edict über jene beiden Exceptionen zu gewinnen ſcheint. Sonach aber lautete wiederum ſolches Edict des Caſſius: Pacta conventa, quae nec dolo malo, nec adversus leges etc.

Da nun dieſes Edict ſelbſt, wie Ulp. beſagt (sed utilius visum est etc.), älter iſt als jenes obige Edict der ciceronianiſchen Zeit (710) auf nec vi nec dolo malo, ſo iſt unter jenem Prätor Cassius zweifelsohne C. Cassius Longinus zu verſtehen, welcher im J. 630 Conſul und demnach 627 Prätor war,[1414]) wohingegen wiederum dieſes jüngere Edict, indem es die vis neben den dolus malus ſtellt, auf den Cn. Octavius, im J. 680 zurückzuführen iſt, welcher, das Edict über die a. quod met. c. proponirend, in naheliegender Conſequenz nun auch die vis dem Edicte Pacta conventa inſerirte.

Dann wiederum bezüglich des Edictes Quod metus causa berichtet Cic. in Verr. III, 65, 152, der Senator C. Gallus habe

---

1414) Vgl. über denſelben Drumann, Geſch. Roms II, 116. Pauly, Realencyclop. II, 194. — Huſchke in Ztſchr. f. Civilr. und Proz. N. F. 1856. XIV, 127 fg. ſtellt feſt, daß der Urheber jenes Edictes weder dem 6. Jahrh. angehört, noch auch L. Cassius Longinus Ravilla, Conſ. 627 (Huſchke ſetzt irrig 624) iſt, da derſelbe Criminal-Prätor war. Dagegen denkt Huſchke ſelbſt an L. (Huſchke ſetzt irrig C.) Cassius Longinus, Conſ. 647 oder an C. Cassius Longinus Varus, Conſ. 681; allein jener L. Cassius war im J. 644 praet. peregrinus, wie von Pighius, Annales III, 117 gut nachgewieſen iſt, während das obige Edict, dieſem C. Cassius, praet. 678 beigemeſſen, wieder unmittelbar vor die Edicte des Octavius v. 680 und des Aquilius v. 688 fallen und dann nun auch von Cic. de Off. III, 14 fg. gekannt und nicht übergangen ſein würde. Endlich Rudorff, Ed. perp. § 38 bringt die obige Notiz Ulpians in Beziehung ebenſo zu dem C. Cassius v. 678, wie zu dem Edicte Quod metus causa, während wieder Octavius erſt das quadruplum der a. quod met. c. eingeführt haben ſoll, Alles Annahmen, die voller Widerſpruch ſind.

von L. Caecilius Metellus, Proprätor von Sicilien im J. 684 verlangt:

ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium „Quod per vim et (Vat. alii: aut) metum abtsulisset". Quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat et habebat in provincia.

Hiernach daher iſt das fragliche Edict im J. 683 vom Metellus als traliticium proponirt und zwar aus dem Edicte eines Octavius übernommen worden, unter welchem Letzteren nun Cn. Octavius, praet. v. J. 680 zu verſtehen iſt.[1415])

Für die Faſſung jenes Edictes aber iſt maaßgebend zunächſt Cic. in Verr. cit., wozu vgl. daſ. § 153: vi et metu coacti, p. Flacc. 21, 49: vi coactus et metu, 50: per vim vendidisse, de Orat. I, 58, 247: vi ac metu tradi, und ſodann ad Qu. fr. I, 1, 21 (694): cogebantur Sullani homines, quae per vim et metum abstulerunt, reddere, woraus allenthalben nun für jenes octavianiſche Edict die Conception ſich ergiebt: Quod per vim et metum ablatum erit, iudicium dabo.

Späterhin erfuhr ſodann dieſes Edict eine redactionelle Abänderung, über die wiederum Zeugniß geben:

Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 1): olim ita edicebatur: „Quod vi metusve causa"; vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati, metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatione; sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur; wozu vgl. 10 ad Ed. (D. XXXVII, 15, 7. § 2): nec exceptiones doli patiuntur vel vis metusve causa; Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 6): si vi metusve causa rem tradam; Rubr. Cod. Just. II, 20: quae vi metusve causa gesta sunt; vgl. auch Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 7. pr. 14. § 3): neque vi neque metus causa; metum vel vim; Gord. im C. Just. 2, 20, 3: vi vel metu;

und ſodann

1415) Huſchke in Ztſchr. f. geſch. R. W. XV, 281. Anders Keller, Civ Pr. A. 919.

Latro bei Sen. Contr. IX, 26, 9: si in re vis et necessitas est, ita tantum rescindantur, quae per vim et necessitatem gesta sunt, si vis et necessitas a paciscente adhibita est;

Sen. Contr. IX, 26, arg. Exc. IX, 3, arg.: per vim metumque gesta ne (Exc.: non) sint rata; Exc. IV, 8, arg.: per vim metumque gesta irrita sint.

Und hieraus nun ergiebt ſich für dieſes mittlere Edict die Faſſung zuerſt: Quod per vim metumque, ſpäter: Quod per vim metumve und endlich: Quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habebo, die dann beibehalten ward bis zur julianiſchen Redaction des edictum perpetuum. Als Datum aber ergiebt ſich für dieſes mittlere Edict, indem ſolches zwiſchen Cic. und Sen. fällt, die Zeit Auguſts: denn indem zu dieſem Zeitpunkte die obigen redactionellen Veränderungen der Edicte über den dolus malus eintraten, ſo führte nun dies zweifelsohne auch zu einer Reviſion des ſo nahe verwandten Edictes über die vis.

Endlich das Edict Quae dolo malo entſtammt, wie Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 3) beſagt, aus der Zeit der Veteres und zwar, wie Cic. de Off. III, 14, 60. de N. D. III, 30, 74 bezeugt, von C. Aquilius Gallus, praet. urbanus v. J. 688.

Hieraus allenthalben aber ergeben ſich nun für die obigen Edicte folgende chronologiſche Daten:

im J. 627 Edict des C. Cassius Longinus:

Pacta conventa, quae nec dolo malo, nec adversus leges, plebiscita, edicta magistratuum facta erunt, servabo;

im J. 680 Edicte des Cn. Octavius:

Pacta conventa, quae nec vi, nec dolo malo, nec adversus leges, plebiscita, edicta magistratuum facta erunt, servabo.

Quod per vim et metum ablatum erit, iudicium dabo;

wozu dann nach Maaßgabe von A. 1430 noch eine Clauſel tritt, welche für den Fall, daß in Folge der pronuntiatio de restituendo ſolche Reſtitution nicht erfolgt, mit iudicatio auf quadruplum den Beklagten bedroht;

im J. 688 Edict des C. Aquilius Gallus:

Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo;

in der Zeit Auguſts die Edicte:

Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, edicta, decreta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.

Quae dolo malo fraudisve causa facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo;

Quod per vim metumque (ſpäter: quod per vim metumve, endlich: quod vi metusve causa) gestum erit, ratum non habebo;

wozu dann noch zwei Clauſeln treten, bezüglich deren berichten:

Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 11. 1): si [„Neque ea res arbitrio iudicis restituatur" (Hal.),] in quadruplum in eum iudicium pollicetur, (sc. praetor). — Post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed — causa cognita; wozu vgl. Gord. im C. Just. II, 20, 4;

ſowie Gai. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 2, 19): in heredem eatenus pollicetur actionem proconsul, quatenus ad eum pervenerit.

Endlich unter Hadrian erfolgt dann die obige julianiſche Neuredaction aller jener drei Edicte.

§ 117.

Fortſetzung.

Das Edict Pacta conventa.

Das Edict Pacta conventa, welches nach § 116, von C. Cassius Longinus, Prätor v. J. 627 herſtammend, in ſeiner älteſten Faſſung lautete: Pacta conventa, quae nec dolo malo, nec adversus leges, plebiscita, edicta magistratuum facta erunt, servabo und welches dann im J. 680 durch den Prätor Cn. Octavius den Zuſatz „nec vi" empfing, enthält eine zwiefältige Vorſchrift: zuerſt verheißt es den pacta conventa im Allgemeinen den Rechtsſchutz: pacta conventa servabo und ſpricht ſomit deren Rechtsgültigkeit im Allgemeinen aus, und ſodann ſtellt es im Beſonderen die Ausnahmen feſt, in denen jener Rechtsſchutz wieder verſagt wird: pacta conventa, quae nec etc., ſomit alſo für die ſo bezeichneten Fälle Rechtsungültigkeit dieſer Verträge aus-

ſprechend. Die einzelnen Vorkommniſſe aber, wodurch ſolche Ausnahme begründet wird, ſind das fieri pacta conventa theils dolo malo, theils contra ius, theils reſp. vi.[1416])

Indem nun unter die pacta conventa[1417]) ebenſowohl die bon. fid. negotia (A. 1389), wie die pacta adiecta (Beil. XXI A. 218) und die liberatoriſchen und proceſſualiſchen pacta, ſo transactio, pactum de non petendo und de petendo[1418]) fallen; indem ſodann durch jenes abſichtlich gewählte, ſachlich allgemein gehaltene servabo (Beil. XXI A. 219) nur ein Rechtsſchutz im Allgemeinen verheißen, über deſſen beſondere Modalität dagegen nichts ausgeſagt wird, ſo war nun zunächſt bezüglich der Beſchaffenheit ſolchen Rechtsſchutzes durch jenes servabo auf anderweite, darüber gegebene Rechtsordnungen verwieſen.

Solche nähere Beſtimmung jenes Rechtsſchutzes aber boten zunächſt die XII Tafeln für die pacta legitima bei den verſchiedenen Klagen (A. 228 fg.); und dadurch war nun für mannichfache proceſſualiſche pacta conventa die defensio ipso iure ohne Weiteres gegeben.

Sodann bezüglich der bon. fid. negotia[1419]) war einerſeits die

---

1416) Jene erſtere affirmative Diſpoſition recapitulirt Sen. Contr. IX, 26. Exc. IX, 3. arg.: pacta conventa legibus facta rata sint; dieſe letztere negative Cic. de Off. I, 10, 32. 13, 41. III, 28, 103. 30, 110. Der Commentar über dieſes Edict von Ulp. 4 ad Ed. beginnt mit einer dogmatiſchen Erörterung der Verträge im Allgemeinen: Dig. II, 14, 1. 5. 7. pr. — § 6; dann folgt das Edict ſelbſt: § 7, und nun beginnt die Exegeſe: zuerſt des Wortes pacta conventa: § 8, worauf ſich auch bezieht Paul. 3 ad Ed. (D. cit. 2. 4. 6), sent. rec. I, 1, 1—3; dann der Clauſel quae neque dolo malo facta erunt: Dig. cit. 7. § 9—11; hierauf der Clauſel: quae neque adversus leges etc. facta erunt: § 12—16, wovon auch handelt Paul. sent. rec. I, 1, 4. 4a; endlich des Wortes servabo: Dig. cit. 7. § 17 fg. fr. 10. 12. 14. 16. 22. 26. 29. und worauf auch ſich beziehen Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 11. 13. 15. 17. 19. 21. 23. 25. 27. 32), sent. rec. I, 1, 5 fg. Gai. 1 ad Ed. prov. (D. II, 14, 18. 20. 28. 30). Ueber die Clauſel neque quo fraus cui eorum fiat iſt keine Exegeſe überliefert; vgl. A. 1411.

1417) Vgl. Glück, Pand. IV, 45 fg. Schilling, Inſt. § 249 d. e.

1418) Trebat. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 10. § 2); vgl. Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 5. § 8. 13. 15); Paul 3 ad Ed. (D. cit. 17. § 1. fr. 27); Sent. rec. I, 1, 1—3.

1419) Von dieſen unterfielen dem obigen Edicte die emt. vend., loc. cond., societas, mandatum, pignus und fiducia. Nachdem jedoch auch die

Klagbarkeit der emt. vent. und loc. cond. operis oder operarum, wie rei bereits von früher her durch Gewohnheitsrecht, Rechtswiſſenſchaft und prätoriſche Praxis überliefert, bezüglich der societas und des mandatum aber, wie der noch jüngeren Contracte und Quaſicontracte durch das obige Edict ſelbſt fundirt und geſichert (§ 109), während andererſeits wiederum dem Beklagten die defensio ipso iure nach alter Rechtsordnung zuſtand (A. 1394 fg.)

Den pacta adiecta aber, inſoweit dieſelben bei den bon. fid. negotia auftreten, war von der gegenwärtigen Periode zum einen Theile Klagbarkeit (A. 1368 fg.), für alle dieſelben aber defensio ipso iure (A. 1089) zuerkannt, wogegen inſoweit, als dieſelben bei stricti iuris actiones auftreten, das obige Edict die exc., wie replicatio pacti conventi einführte.[1420])

Endlich den liberatoriſchen und proceſſualiſchen pacta, inſoweit dieſelben nicht unter das pactum legitimum der XII Tafeln fallen, war bei den bon. fid. actiones defensio ipso iure beigelegt,[1421]) worauf nun auch der ipso iure liberirende Effect der solutio bei ſolennen bon. fid. negotia ſich ſtützte (A. 72. 151),

---

neg. gest. und tutela, ſowie für gewiſſe Fälle die a. fin. reg. mit bon. fid. a. bekleidet worden waren, hörte der Ausdruck pactum conventum auf, vollkommen ebenmäßig zu ſein.

1420) Bei negotia strict. iur. begründen die pacta adiecta nicht a. strict. iur. und ſind ſomit unwirkſam inſoweit, als ſie eine Erweiterung des Rechtes des Gläubigers bezwecken: A. 1567; dagegen begründen dieſelben defenſives Rechtsmittel und ſind ſomit wirkſam inſoweit, als ſie eine Beſchränkung vom Rechte des Gläubigers oder eine Erweiterung vom Rechte des Beklagten bezwecken. Als ſolches Rechtsmittel nun wird von einer bei Paul. 3 Quaest. (D. XII, 1, 40) mitgetheilten Lehrmeinung die exc. pacti conventi anerkannt: pactum id tantum ad exceptionem prodesse; ad exceptionem tantum prodesset pactum, und dieſe Rechtsordnung allein iſt für die gegenwärtige Periode zu ſtatuiren; allein die nächſte Periode gab aus ſolchen pacta defensio ipso iure: Proc. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 1, 11. § 1); Jul. bei Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 4. § 3); Paul. 3 Quaest. (D. XII, 1, 40) wozu vgl. A. 1566; Sev. und Car. im C. Just. IV, 32, 4. Diocl. daſ. c. 22. vgl. Scholien zu Bas XII, 1, 40. Glück, Pand. IV, 268 fg. Cuiac. comm. ad Dig. II, 14, 7. § 5. Obs. X, 24. Donell. Comm. ad l. 13 C. de pact. n. 12 — 15. ad l. 40 D. de R. C. n. 23–28. Schilling, Inſt. § 331 Zuſ. 1. Savigny, Syſt. VI, 127. Keller, Inſt. 120 fg. Endlich wegen der liberatoriſchen und proceſſualiſchen pacta ſ. A. 1422.

1421) A. 1089; ſo z. B. Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 5. § 6).

während bei den stricti iur. actiones das obige Edict exc. und replicatio pacti conventi ergab,[1422]) und hierauf nun auch solcher Effect der solutio bei den übrigen durch solennen Rechtsact begründeten Obligationen sich stützte.[1422a])

Was dagegen andererseits die Rechtsungültigkeit jener pacta conventa anbetrifft, so wird bei der bon. fid. a. die Einrede oder Replik wegen dolus malus oder resp. vis oder wegen der Rechtswidrigkeit durch defensio ipso iure vermittelt,[1423]) wogegen wiederum bei den stricti iuris actiones wegen dolus malus oder vis eine replicatio, wegen der Rechtswidrigkeit des pactum aber je nach der Beschaffenheit der lex als perfecta oder imperfecta dort defensio ipso iure, hier dagegen replicatio, so z. B. legis Cinciae gegenüber der exc. pacti conventi Platz griff.

Demnach aber war in dem obigen Edicte eine zwiefache verschiedene Rechtsordnung vorausgesetzt oder implicite gegeben: zunächst innerhalb der Sphäre der bon. fid. actiones theils die Klagbarkeit der bon. fid. negotia, wie gewisser pacta adiecta, theils die exceptionsweise defensio ipso iure auf Grund des bon. fid. negotium, des pactum adiectum und des liberatorischen und processualischen pactum, theils endlich die ipso iure zur Geltung kommende, diesen Verträgen engegentretende Einrede oder Replik

---

1422) So z. B. Gai. III, 179. IV, 116. 119. Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 27. § 6); vgl. A. 1601.

1422a) Daneben ward der Besitz des solutum geschützt durch Publiciana, wie exc. rei vend. et trad.: Beil. XXI § VI. Im Uebrigen vgl. A. 1614 a.

1423) A. 1088 fg. Auf die ersten beiden Momente beziehen sich Auct. ad Her. II, 14, 21: interponetur ab accusatore coniectura, quare putetur non ratione factum esse, quod melius deteriori anteponeretur, sed in eo dolo malo negotium gestum; Cic. de Off. I, 10, 32: illis promissis standum non esse quis non videt, quae coactus quis metu, quae deceptus dolo promiserit? 13, 41: cum duobus modis id est aut vi aut fraude fiat iniuria; III, 28, 103; quod per vim esset actum, ratum esse non debuit; 30, 110: non debuit ratum esse, quod erat actum per vim; vgl. 29, 107. Wegen des dritten Momentes vgl. Gai. 1 ad Ed. prov. (D. II, 14, 28. pr.); Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 16); Paul. Sent. rec. I, 1, 4. 4a. 3 ad Ed. (D. II, 14, 27. § 4); Carac. im C. Just. II, 3, 6. Justin. das. c. 30, woselbst jedoch die Ausdehnung der Ungültigkeit auf das contra bonos mores factum esse oder die turpis causa ein Rechtssatz der nächsten Periode ist. Endlich nur künstlich ist die Extension jener Nichtigkeit auf die Stipulation: A. 1624.

des dolus malus, der vis, wie der iniuria, insgesammt Ordnungen, in denen das obige Edict im Principe nur eine Bestätigung des bereits gültigen Rechtes (§ 112 fg.) enthielt.

Und sodann innerhalb der Sphäre der stricti iuris actiones statuirt das obige Edict theils die exc. oder replicatio pacti conventi oder resp. die entsprechende defensio ipso iure aus dem pactum legitimum der XII Tafeln, theils wider diese exc. pacti conventi die replicatio doli mali, vis und iniuriae oder resp. defensio ipso iure wegen der Rechtswidrigkeit des pactum. Und hierin wiederum bietet jenes Edict, abgesehen von der Ordnung bezüglich der pacta legitima, eine höchst bedeutungsvolle Neuerung und Reform des bisher gültigen Rechtes, deren leitende Grundidee und Tendenz in der Uebertragung gewisser bezüglich der bon. fid. actiones gültiger Rechtssätze auf die stricti iur. actiones enthalten ist.

Endlich bot aber auch das obige cassiánische Edict das Vorbild für die berühmte Clausel, welche zuerst Qu. Mucius Scaevola Pont. als Proconsul von Asia im Jahre 655 dem asiatischen Provinzialedicte einfügte, die sodann in diesem Edicte tralaticisch geworden zu sein scheint, und welche endlich auch Cicero als Proconsul von Cilicien im Jahre 703 in das cilicische Provinzialedict aufnahm: [pactiones, quae inter decumanos et aratores facta erunt, servabo,] extra quam si ita negotium gestum est, ut eo stari non oporteat ex fide bona. Denn auch dieses Edict gab eine exc. malae fidei gegen die Klage aus denjenigen Verträgen, welche zwischen den Publicanen und den Grundsteuer-Pflichtigen über die zu entrichtende Steuerquote abgeschlossen sind.[1424])

§ 118.

Fortsetzung.

Die actio und exceptio doli mali und quod metus causa.

Während der dolus malus von Alters her durch die arbitria legitima und honoraria, wie durch die a. ex stipulatu defensiv, wie resp. aggressiv zur Geltung gelangte (§ 102, 112, 113, 115),

---

1424) Thl. II § 52; vgl. Diod. Sic. XXXVII, 5., sowie A. 1430.

ward bezüglich der stricti iuris negotia erſt durch das Edict des C. Aquilius Gallus vom Jahre 688 demſelben juriſtiſcher Effect beigelegt, eine Thatſache, welche auf das Beſtimmteſte von Cic. de Off. III, 14, 60. de N. D. III, 30, 74 bekundet und die auch durch die in § 117 feſtgeſtellte replicatio doli mali wider die exc. pacti conventi aus acceſſoriſchen pacta bei stricti iur. negotia nicht alterirt wird. Insbeſondere aber bezüglich der exc. doli iſt als unrichtig zu verwerfen die Annahme von Burchardi, Wiedereinſetzung 291 fg., 297 fg. und Schilling, Inſt. § 128d, daß die exc. doli wider die condictiones bereits vor Aquilius und zwar nach Maaßgabe von Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 33. f. § 116) durch den Prätor Caſſius proponirt worden ſei. Denn erſtens widerſpricht dem auf das Directeſte die Angabe Cicero's in A. 1408, daß vor dem Edicte des Aquilius nur in den von Cic. im Einzelnen aufgeführten Rechtsverhältniſſen der dolus malus reprimirt geweſen ſei, demnach aber die exc. doli, welche in jener Aufzählung fehlt und ſicher nicht aus bloßem Verſehen übergangen iſt, vor jenem Edicte in der That nicht proponirt war. Und ſodann widerſprechen nicht minder die Worte Cicero's in de Off. III, 14, 60: nondum — Aquilius — protulerat de dolo malo formulas; denn unter dieſen formulae de dolo malo können unmöglich, wie Schilling, a. O. c. und in Bemerkungen über r. R. G. 352 fg. annimmt, Contractsclauſeln verſtanden werden, da einmal die doli clausula zu des Aquilius Zeit bereits längſt eingebürgert war und andersartige, jüngere, den dolus malus reprobirende Geſchäftsclauſeln dem römiſchen Rechte überhaupt ganz unbekannt ſind (vgl. Beil. XIX § III a. E); da ſodann Aquilius nirgends als Erfinder einer Contractsclauſel wider die Argliſt bekundet wird, und da endlich das proferre formulas deutlich genug auf eine officielle, nicht aber auf eine cautelare Thätigkeit hinweiſt; vielmehr ſind darunter, wie der Zuſammenhang bei Cicero deutlichſt ergiebt, Klagformeln zu verſtehen und zwar ebenſo die formula actionis de dolo, wie die formula exceptionis doli, welche beide ja doch im Edicte mit proponirt waren, eine Auffaſſung, deren ſprachliche Correctheit doch völlig mit Unrecht (ſ. A. 4) von Schilling angezweifelt, vielmehr mit vollem Rechte bereits von Zimmern, R. G. III § 103. Schneider, ſubſidiäre Klage 321 fg. ſtatuirt wird. Und endlich widerſpricht gleichermaaßen der Bericht von Cic. de

Off. III, 14 über den Rechtsfall zwiſchen C. Canius und Pythius, wonach Canius, durch den dolus malus des Pythius verleitet, vom Letzteren ein Grundſtück zu Syracus erkauft und gegen ſofort beſchehene Tradition wegen des creditirten Kaufpreiſes litterarum obligatio eingeht,[1425]) dann vor Bezahlung des expenso latum den Betrug zwar erkennt, aber in Ermangelung der exc. doli wider condictiones, wie der a. doli ohne Rechtsſchutz iſt und ſo nun zur Zahlung der Schuldſumme ſich genöthigt ſieht. Denn da die Erklärung von Rudorff in Ztſchr. f. geſch. R. W. XII, 169 unſtatthaft iſt, es ſei hier die exc. doli um deßwillen unzuläſſig geweſen, weil der dolus malus nicht bei Abſchluß der transscriptio a re in personam, ſondern bei Abſchluß der emtio vend. vorgekommen, indem ja doch die erſtere durchaus in der gleichen Weiſe und Maaße, wie die letztere von der Argliſt des Pythius beeinflußt wurde, überhaupt aber das römiſche Recht den Satz gar nicht kennt, daß eine Novation zwiſchen den nämlichen Intereſſenten die dem novirten Rechtsanſpruche entgegenſtehende exc., ſo leg. Cinciae, doli ob. dgl. vernichte; ſo läßt jener Rechtsfall in Wahrheit gar keine andere Erklärung zu, als daß zu jenem Zeitpunkte die exc. doli mali wider die condictio noch nicht proponirt war. Jenes Edict ſelbſt aber lautete nach § 116: Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo und gab ſomit ausdrücklich eine a. de dolo malo, wie auch implicite eine exc. doli mali. Und zwar ſchloß jene Klage materiell ganz unmittelbar an das arbitrium legis Plaetoriae (A. 1409) ſich an, woraus nun auch die auf den erſten Blick ſo auffällige Thatſache ſich erklärt, daß die a. de dolo, nicht aber die a. quod met. c. famosa iſt (§ 116) und um deßwillen wiederum ebenſo eine ſubſidiäre Klage, als auch auf causae cognitio geſtellt iſt.[1426]) Dagegen in ihrer proceſſualiſchen Stru-

---

1425) „Nomina facit; negotium conficit“ d. h. er bringt das Geſchäft zum Abſchluß, nicht aber: er leiſtet Zahlung des expenso latum, da dies vielmehr durch nomina expedire bezeichnet wird. Das Grundſtück war, da Syracus das ius italicum nicht hatte, für Mancipation nicht empfänglich. Im Uebrigen vgl. wegen dieſes Proceſſes Wieling, Lectiones I, 25. Heimbach, Creditum 343. 412.

1426) Subſidiär: Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 6. fr. 7. § 3); causa cognita: Lab. daſ. (D. cit. 13. § 1).

ctur ſchloß jene Klage an die redhibitoria ſich an: ſie war arbitraria und in factum concepta auf quanti ea res erit (§ 71 unter B I 3), während wiederum die exc. doli nach Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 15) anfänglich ſich concipirte auf: Si adversus ea nihil dolo malo Auli Ag. factum erit.[1427])

Im Uebrigen aber iſt die Zuläſſigkeit der a., wie exc. doli von Vorn herein auf den Fall beſchränkt, wo der dolus malus bei Abſchluß eines zweiſeitigen Rechtsgeſchäftes von dem einen Paiscenten zur Beeinfluſſung der Willensbeſtimmung des Mitintereſſenten angewendet ward. Denn dies ergiebt ſich daraus, daß der dolus malus von Aquilius ſelbſt beſtimmt ward als das aliud agere, aliud simulare,[1428]) indem hierdurch die Relevanz des dolus malus beſchränkt wird auf die Täuſchung durch das Mittel des agere d. i. der Kundgebung einer Willensbeſtimmung als Willensäußerung (A. 1), und des simulare d. i. der vorſätzlichen Verwendung einer Aeußerungsform, welche nicht derjenigen Willensbeſtimmung entſpricht, als deren Kundgebung jene erſtere gilt, ein Thatbeſtand, in welchem jenes Edict nicht minder an das Recht der lex Plaetoria anknüpft, da auch dieſe den dolus malus nur inſoweit reprimirt, als derſelbe durch das Mittel der captio im techniſchen Sinne wider den Minderjährigen conſummirt wird (A. 1285). Allein bereits frühzeitig ward jene Beſchränkung beſeitigt, wie ſich ergiebt aus

Trebat. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 4): si cuius dolo malo effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat, de dolo dandum iudicium,

indem hier auf Grund eines nicht bei Vertragsabſchluß verübten dolus malus, wodurch die mors litis herbeigeführt ward, die a. de dolo gegeben wird, dementſprechend nun auch bereits Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 2) eine berichtigende Definition des dolus malus aufſtellt. Und damit nun ward die a. de dolo umge-

1427) Später: si in ea re nihil dolo malo Auli Ag. factum sit neque fiat: Gai. IV, 119. Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 2. § 1).

1428) Cic. de Off. III, 14, 60. 15, 61. de N. D. III, 30, 74. Und ſo nun auch Cicero ſelbſt de Off. III, 14, 60. Top. 9. 40. Paul. sent. rec. I, 8, 1. August. Serm. IV, 23. Papias Vocab. s. v., ſowie mit einer verbeſſernden Nuancirung Serv. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 2); vgl. Voigt, Bedeutungswechſel 102 fg.

wandelt aus einer Klage wegen delictähnlichen Verhaltens des Mitpaciscenten bei Abſchluß von Rechtsgeſchäften in eine Klage wegen Delictes innerhalb, wie außerhalb ſolchen Vertragsabſchluſſes, und damit nun auf die gleiche Sphäre extendirt, wie die a. quod met. c.[1428a])

Hiermit allenthalben aber geht wiederum Hand in Hand, daß bereits die gegenwärtige Periode die exc. doli mali nicht lediglich als das der a. de dolo malo correſpondirende defenſive Rechtsmittel, ſondern, geſtützt auf die Conception: si adversus ea nihil dolo malo Auli Ag. factum erit, auch in erweiternder Anwendung gewährt: als die die cond. ob causam defenſiv zur Geltung bringende Exception (§ 120).

Sodann die vis, welche von Alters her, gleich dem dolus malus, in den arbitria legitima und honoraria, wie reſp. in der a. ex stipulatu reprimirt war, wurde zu einem ſelbſtſtändigen Klaggrunde erhoben durch das Edict des Cn. Octavius vom Jahre 680: Quod per vim et metum ablatum erit, iudicium dabo (§ 116), auf Grund deſſen die a., wie exc. quod met. c. ertheilt wurden. Jenes Edict ſelbſt aber iſt in vierfacher Beziehung bemerkenswerth: einmal in dem allgemein gehaltenen Ausdrucke »auferre«, welcher die Klage nicht, wie anfänglich bei der a. de dolo malo, auf den Fall allein der Anwendung der vis zur Beeinfluſſung der Willensbeſtimmung des Mitpaciscenten beim Rechtsgeſchäfte beſchränkt, ſondern auch auf den Fall mit erſtreckt, daß außerhalb des rechtsgeſchäftlichen Verkehres, ſomit alſo in der Geſtalt des außergeſchäftlichen Delictes: des Raubes, die Gewaltthätigkeit auftritt;[1429]) und dieſe im Vergleiche zur a. de dolo ganz weſent-

---

1428a) Anders Qu. Muc. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 7): Labeo quaerit, si compeditum servum meum, ut fugeret, solveris, an de dolo actio danda sit? Et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia fecisti, furti teneris; si misericordia, in factum actionem dari debere, wo ſomit a. de dolo negirt, vielmehr, je nachdem animus lucri faciendi vorliegt oder nicht, a. furti oder damni ini. dati in factum gegeben wird. — Ait Quintus apud eum notans heißt: Quintus ſpricht ſich bei Labeo in kurzer Bemerkung dahin aus; vgl. Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 2, 65. § 8): Servius apud Alfenum ita notat. Dagegen Pernice, Labeo I, 84 denkt an einen völlig unbekannten Quintus, der Noten zu Labeo ſchrieb, und ſchafft ſo ganz unnöthige Schwierigkeiten.

1429) So Cic. ad Qu. fratr. I, 1, 20; wie auch A. 1430, wo gleiches

liche Erweiterung der Sphäre der a. quod met. c. erklärt ſich daraus, daß die letztere anfänglich berufen war, zugleich in dem edictum urbanum die im Jahre 678 vom Prätor M. Lucullus proponirte a. de vi hominibus armatis coactisve des edictum peregrinum zu erſetzen, daher nun auch nach der ſpäteren Herübernahme der letzteren Klage in das edictum urbanum jenes auferre in dem auguſteiſchen Edicte durch gerere erſetzt wurde. Und ſodann ſteht nun mit jener doppelten Function der a. quod met. c. die Scheidung von »vis et metus« in Correſpondenz: die vis dem Raube, die metus der Erpreſſung oder Nöthigung entſprechend, ein Gegenſatz, den das ſpätere Edict in der präciſeren Conception vis metusve oder vis metusve causa beibehielt. Ferner bedroht das Edict den Beklagten bei der a. quod met. c. mit einer poena temeritatis von 300%, welche bei der a. de dolo fehlt. Und endlich wiederum iſt nicht allein die Anwendbarkeit der a. quod met. c. eine bedeutend erweitertere, als bei der a. de dolo, da dort ebenſo die causae cognitio, wie die Subſidiarität der letzteren wegfällt, ſondern es ändert ſich auch in Folge deſſen die dogmatiſche Stellung, welche innerhalb der Geſchichte unſeres Principes die Klage einnimmt: indem die a. de dolo ausgeſchloſſen iſt bei den den arbitria legitima und honoraria unterfallenden Rechtsverhältniſſen, wie bei der Stipulation mit doli clausula (A. 1426), hier vielmehr allein die betreffenden Contracts- oder Quaſicontractsklagen in Funktion einer a. de dolo eingreifen, ſo fällt nun dieſer letzteren ſelbſt lediglich die Aufgabe zu, innerhalb des strictum ius einem Poſtulate der aequitas Geltung zu verſchaffen; dagegen die a. quod met. c., indem dieſelbe gleichmäßig bei den mit jenen Aequitätsklagen bewehrten, wie bei den dem strictum ius angehörigen Rechtsverhältniſſen Platz greift, verſieht die Aufgabe, ein Poſtulat der aequitas in einer neuen Modalität zu verwirklichen und in dieſer Modalität nun gleichmäßig innerhalb des aequum et bonum, wie des strictum ius zur Geltung zu bringen.

Ueberdem ſchuf endlich bereits die gegenwärtige Periode gewiſſe Specialklagen wegen vis, wie dolus malus, nämlich theils

---

auferre wiederkehrt. Ungerechtfertigt iſt, wenn Rudorff in Ztſchr. f. geſch. R. W. XII, 157 das auferre ganz im Gegentheile auf den Fall der Erpreſſung beſchränken will.

die oberwähnte a. vi bon. rapt., die a. adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in ius vocatur nach Ofil. bei Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 7, 1. § 2), ſowie die a. plus quam debiti ablati adversus decumanum im Provinzialedikte, welche in der nächſten Periode als a. vi bonorum ademtorum adversus publicanos in das edictum urbanum überging,[1430]) theils die a. Fabiana und Calvisiana von 707 und 708 (A. 1828), die a. adversus eum, qui dolo malo fecerit, quo minus quis in iudicio sistat bei Ofil. in Paul. 6 ad Ed. (D. II, 10, 2), wie ſchließlich die a. restitutoria wegen circumscriptio minorum (A. 1409. 1630), und reſp. auch die a. de peculio und de in rem verso (A. 1410), wozu endlich noch die bereits dem erſten Zeitraume angehörige a. legis Plaetoriae (A. 1441) kommt.

§ 119.

Die actio de eo quod certo loco. Die Uebertragung der mora solvendi auf die condictio furtiva. Die Theorie des Serv. Sulpicius bezüglich der Litiscontestation.

Die gleiche Tendenz, welche in der a. de dolo malo und quod met. c. zur Geltung gelangte, prägt ſich aus in der Ueberleitung der Rechtsordnung von der mora solvendi auf die condictiones, eine Reform, für welche ein zwiefaches Organ des Rechtes thätig war: der Prätor und die Rechtswiſſenſchaft.

Zunächſt aber der Prätor griff in jener Richtung ein durch das Edict de eo quod certo loco,[1431]) indem er für den Thatbe-

---

1430) Wegen der letzteren Klage vgl. das Edict in Dig. XXXIX, 4, 1. pr. Die erſtere Klage proponirte Verres im ſiciliſchen Edicte auf octuplum, correſpondirend einer a. adversus aratorem, qui minus quam decumanus poposcerit, dederit auf quadruplum: Cic. in Verr. III, 10, 25 fg. und 29, 70. Es iſt hieraus zu entnehmen, daß das frühere ſiciliſche edictum tralaticium die letztere Klage gar nicht, die erſtere dagegen nur auf quadruplum kannte, übrigens aber dieſe Klage auf die lex Hieronica zurückgeht; vgl. Thl. II § 51. Vgl. auch A. 1424.

1431) Das Edict iſt bekannt dem Lab. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8); daß aber daſſelbe bereits der gegenwärtigen Periode angehört, ergiebt ſich mit voller Sicherheit aus dem doppelten Umſtande, daß einerſeits daſſelbe theils jene Uebertragung der Mora auf die Condiction nur bei einem höchſt beſchränkten Thatbeſtande decretirte, theils dafür noch den Umweg der a. de eo quod certo loco für nöthig erachtet, während andererſeits be-

ſtand, daß bei Stipulation oder mutui datio[1432]) ein beſtimmter Solutionsort vertragsmäßig verlautbart iſt und der Schuldner in mora solvendi geräth, eine Klage proponirt, welche an jedem Orte, wo der letztere zu betreffen, wider denſelben angeſtellt werden kann.

Dieſe Klage ſelbſt aber iſt in proceſſualiſcher Beziehung nicht a. directa: nicht ſelbſtſtändige neue Klagformation, als vielmehr, gleich den verſchiedenen publicianiſchen Klagen, lediglich eine techniſche Modification einer gegebenen Klagindividualität: der cond. certi, triticaria und incerti, die dadurch nun zur a. utilis umgeſtaltet wird. Und zwar vollzieht ſich ſolche techniſche Modification in dem dreifachen Punkte, daß zunächſt die intentio eine adiectio loci erfährt;[1433]) ſodann in die condemnatio eine eigenthümliche Reſtitutionsclauſel eingeſchoben wird; und endlich die certi condictio insbeſondere ihre certi condemnatio aufgiebt und die incerti der triticaria auf Quanti ea res erit, tantam pecuniam annimmt, ſomit aber als certi wie triticaria gleichmäßig lautete:

Si parret Numerium Neg. Aulo Ag. C oder pateram auream oder vergl. Ephesi dare oportere,[1434]) iudex, quanti ea res erit,[1435]) tantam pecuniam Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato, nisi Ephesi solvat,[1436]) si non parret absolvito.

---

reits Servius und zu Beginn der nächſten Periode Sabinus (§ 136) ebenſo eine unbeſchränkte, wie eine directe Uebertragung für unbedenklich halten. Vgl. über daſſelbe Gans, röm. Oblig. At. 71 fg. Keller, Pand. § 260. Zimmern, R. G. III § 67. Windſcheid, Pand. § 46.

1432) Die a. de constituta pecunia de certo loco bezeichnet Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 16. § 1) als: exemplo arbitrariae actionis. Im Uebrigen vgl. § 135.

1433) Utilis actio: Gai 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 4, 1); andererſeits condictio: Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137, § 2). Adiectio loci: Gai. IV, 53. Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 2), J. Just. IV, 6, 33. Theoph. in h. l.

1434) Jul. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 7), Theoph. Par. IV, 6, 33.

1435) Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 8).

1436) Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 4, § 1); J. Just. IV, 6, 31: quasdam actiones arbitrarias — — appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti — — solvat —, condemnari debeat. — Hiernach ergiebt ſich ohne Weiteres die entſprechende Modification der incerti condictio in Beil. XIX § I unter 3 aa. Abweichende Conceptionen bieten Heffter ad Gai. p. 83. Zimmern, R. G. III § 67. Unterholzner, Schuldverh. I, 355. Rudorff, Ed. perp. § 96.

Der Effect ſolcher Modification aber iſt zuvörderſt proceſſualiſch: theils fällt die sponsio poenalis der certi condictio hinweg, theils werden zu Gunſten des Klägers die Folgewirkungen der pluspetitio loci beſeitigt;[1437]) nicht minder aber auch civilrechtlich: theils wird durch die Reſtitutionsclauſel der Zahlung zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil Rechtswirkſamkeit verliehen,[1438]) theils wird durch das quanti res est ebenſowohl das örtliche Intereſſe des Klägers, wie des Beklagten, ſomit vornämlich bezüglich Coursdifferenz und Transportſpeſen, als auch das zeitliche, durch mora solvendi verletzte Intereſſe des Klägers gewahrt.[1439]) Allein in dieſem letzteren Punkte vollzieht ſich keineswegs eine einfache Uebertragung der Rechtsordnung der bon. fid. a. auf die Condiction, vielmehr ſtellt das Edict hierin mehrere neue und weitergreifende Sätze auf: theils greift das Edict auch dann Platz, wenn ein beſtimmter Solutionstermin nicht verlautbart iſt,[1440]) ſomit aber der Thatbeſtand der mora solvendi fehlt, theils geht der zu leiſtende Schadenerſatz noch über die bei der bon. fid. a. geſetzte Gränze hinaus (A. 821), was, inſoweit Zinſen vom Schuldcapitale in Frage ſtehen, in dem Wegfalle der poena sponsionis von $33^1/_3$ % ſeine ſachliche Rechtfertigung findet.

Ueberdem übertrug aber auch der Prätor auf die a. de eo quod certo loco in ganz eigenthümlicher Modalität die der certi und triticaria cond. des Argentarius entgegentretende Compenſation des rigor (§ 99 unter B): denn während dieſen Klagen im Beſonderen der Rechtsanſpruch auf das eiusdem generis et naturae aus jedweder causa ſich entgegenſtellt, ſo ſtellt nun hier der Prätor

---

1437) Gai. IV, 53. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 4, 1); J. Just. IV, 6, 33. Theoph. in h. l.

1438) Ebenſo kann an Stelle der Solution eine Caution über die Solution am vertragsmäßigen Leiſtungsorte geleiſtet werden: Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 4 § 1).

1439) Vgl. A. 752. Proc. 2 Ep. (D. XVI, 2, 15); Afr. 3 Quaest. (D. XIII, 4, 8); Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 4, 3); Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4. 2. pr. § 8) und Lab. und Jul. daſ.; Alex. im C. Just. III, 18, 1. und vornämlich Ulp. 17 ad Sab. (D. XLV, 1, 144): si fundum certo die praestari stipuler et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me quanti mea intersit moram factam non esse.

1440) Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 2).

den Rechtsanſpruch aus der a. de eo quod certo loco im Beſonderen jedweder Klage auf das eiusdem generis et naturae gegenüber, wie ſolches von Jav. 2 Ep. (D. XVI, 2, 15) bekundet wird (vgl. A. 1612).

Wenn ſonach daher jene Uebertragung des Rechtes der mora solvendi auf die condictio, den maaßgebenden Anſchauungen dieſes Zeitraumes entſprechend, nicht vollzogen wurde, ohne daß zugleich die Formel ſolcher Klage eine entſprechende Modification empfing, wodurch die jener Rechtsordnung an ſich widerſtrebende condictio fähig und empfänglich für ſolche Uebertragung gemacht wurde, ſo iſt es nun eine ganz neue und völlig veränderte Anſchauungsweiſe, welche in der ſo folgereichen Theorie ſich offenbart, wodurch die Rechtsordnung der bon. fid. a. bezüglich der Mora auf die cond. ex iniusta causa wegen furtum (§ 120) ganz unmittelbar und ohne jedwede Modification der Klagformel übertragen und damit deren Folgewirkungen (§ 112) auf ſolchen ſpeciellen Fall in Anwendung gebracht werden, eine Thatſache, welche bezüglich der Veteres bekundet wird von

Tryph. 15. Disp. (D. XIII, 1, 20): videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.

Und ſodann tritt ebenfalls am Ausgange dieſes Zeitraumes die höchſt merkwürdige Theorie des Serv. Sulpicius auf, welche referirt wird von

Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3): in hac actione (sc. cond. tritic.) si quaeratur, res, quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat, — — condemnationis tempus spectandum, si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus.

Denn indem hierin bezüglich der richterlichen Aeſtimation vom quanti res est, in welches bei der cond. triticaria das urſprüngliche Debitum auf Grund der Lit. Cont. ſich umſetzt (§ 98), die Sätze enthalten ſind, daß

a. dafern die Solution zur Zeit der Lit. Cont. nicht mehr möglich war und zwar nach § 98 in Folge einer culpa in faciendo des Debitor vereitelt worden war, der Zeitpunkt ſolcher Vereitelung der Aeſtimation zu Grunde zu legen ſei; dagegen aber

b. dafern die Solution zum Zeitpunkte der Lit. Cont. noch

möglich ist, nach dem Zeitpunkt des Judicates die litis aestimatio sich richtet, ein Satz, auf welchen auch von Sab. bei Jul. 4 ex Min. (D. XII, 1, 22) hingewiesen wird,

so ist nun zwar in dem Satze unter a die alte Rechtsordnung des Condictionenrechtes (bei A. 1222) aufrecht erhalten, in der Position unter b dagegen ein ganz neuer Rechtssatz ausgesprochen, dessen hohe rechtshistorische Bedeutung darin enthalten ist, daß damit der Lit Cont. sogar bei der strict. iur. a. ihr von Alters her prävalirender Einfluß auf die fernere Gestaltung des streitigen Rechtsverhältnisses entzogen wird (§ 98), und daß sodann Hand in Hand damit der gleiche Satz auch bezüglich der bon. fid. a. reformirend auftreten mußte (§ 114), Beides Momente, die weiterhin in der nächstfolgenden Periode in ihrer vollen Tragweite zu historischer Verwirklichung gelangen (§ 138).

§ 120.

Die condictio non debiti und ex iniusta causa sammt entsprechender exc. doli mali.

Indem nach § 81 der Ausgangspunkt für die Theorie von der cond. ob caus. in dem Sachverhalte gegeben ist, daß das pecuniär indifferente Rechtsgeschäft, sei dies solenner Act, wie die Stipulation, sei es Realisirungsgeschäft, wie die Solution, berufsmäßig in einer organischen Verbindung mit einer pecuniär differenten Verkehrsfigur steht, so mit emtio vend. oder donatio; daß sodann die letztere gegenüber den beiden ersteren in dem Verhältnisse einer causa: eines zureichenden objectiven Rechtfertigungsgrundes der dadurch vermittelten Bereicherung von der Rechtstheorie aufgefaßt, und endlich auf das Unzureichende solchen Rechtfertigungsgrundes jene Klage gestützt wird; so fehlten in dem ältesten Rechte die nothwendigen Vorbedingungen und Voraussetzungen selbst dieser Theorie. Denn indem das älteste Recht nur solenne Rechtsgeschäfte kennt (§ 32), während die pecuniär differenten und zugleich unsolennen Geschäfte lediglich rein sociale Verkehrsfiguren sind (§ 36), so stehen jene Rechtsgeschäfte in einfachster Consequenz in vollkommener Unabhängigkeit ebenso von dem Vorhandensein, wie von der Beschaffenheit einer ihnen unterliegenden causa (A. 1181 fg.), so daß demnach die doctrinellen Elemente selbst jener Theorie der cond. ob caus. im ältesten Rechte vollständigst fehlen.

Vielmehr werden dort die in dem Verkehrsleben ſich vollziehenden Geſchäftsbewegungen berufsmäßig durch die Rechtsgeſchäfte in ſolenne Form gekleidet und damit des Rechtsſchutzes theilhaft gemacht, ohne im Uebrigen einer bevormundenden Controle des Rechtes unterſtellt zu ſein, da vielmehr hinſichtlich des mit jener Solennität bekleideten Geſchäftes ſelbſt die volle Freiheit des Handelns dem paterfamilias unbeſchränkt gewahrt blieb (§ 43), mit alleiniger Ausnahme des bereits durch die XII Tafeln reprimirten Wuchers, ſowie unbeſchadet der an Geſetzesübertretungen ſich anknüpfenden ſonſtigen Nachtheile (A. 1183). Wohl aber treten die obigen Grundbedingungen und Vorausſetzungen der Theorie der cond. ob caus. im Verlaufe der hiſtoriſchen Entwickelung zu Tage und zwar dadurch, daß die ſich vollziehenden culturhiſtoriſchen Veränderungen nunmehr die Legislation veranlaſſen, jene pecuniär differenten Verkehrsfiguren in den Kreis ihrer Anſchauung und Ordnungen allmählig hereinzuziehen. Denn die nämlichen culturhiſtoriſchen Vorgänge, welche die Abſchwächung der fides und die Klagbarkeit der bon. fid. negotia reſultirten (§ 53), ſteigerten zugleich auch die nationale Werthſchätzung des Geldes und verallgemeinerten ſo die Neigung zur geldgierigen Ausbeutung des Anderen; und dieſe Umwandelung von Anſchauung, wie Sitte iſt es, welche bereits ebenſo die cautiones rei uxoriae um 523 in Aufnahme brachte und die lex Plaetoria vor 545 in das Daſein rief, wie auch der Legislation die Veranlaſſung bot, jenen den Rechtsacten ſich unterbreitenden causae ihre Aufmerkſamkeit zuzuwenden, um dem dahinter ſich bergenden Mißbrauche des Rechtes zu gewinnſüchtigen Zwecken entgegenzutreten. Und dieſe Tendenz fand ihre Ausprägung in der lex Titia v. 415—426, wie Publilia v. 427 über die Spielwetten, in der lex Marcia de usuris reddendis v. 562, wie in der lex Cincia de donis ac muneribus v. 550.[1441])

Von dieſem Standpunkte aus einer legislatoriſchen Berück-

1441) Wegen der cautiones rei uxoriae vgl. Voigt, lex Maenia § 10. — Wegen der lex Plaetoria vgl. Oſenbrüggen in Ztſchr. f. Alterth. Wiſſ. 1838. S. 297; anders Teuffel im Rhein. Muſ. N. F. 1853 VIII, 38; vgl. auch Biſſering, Quaest. Plaut. II, 88 fg. — Wegen der lex Titia und Cincia vgl. Beil. XIX § VII unter II. — Wegen der lex Publilia vgl. daſ. A. 76 und Schilling, Inſt. § 263 p. — Wegen der lex Marcia vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 159 a.

ſichtigung der causa der Rechtsgeſchäfte vollzog ſich nun im röm. Rechte zunächſt die Ausbildung einer Reihe von Special-Klagen, welche die gleiche Tendenz verfolgen, wie die condictiones ob caus. und in vollſtändigem Parallelismus, ja weiterhin in Concurrenz mit denſelben ſtehen: denn ſo wird die Function einer cond. caus. dat. übernommen von der a. redhibitoria wegen Nichterfüllung der den verkauften Sclaven betreffenden vertragsmäßigen Präſtanda,[1442] die Function einer cond. caus. finit. von der a. in factum aedilicia auf Reſtitution des Kaufpreiſes nach vollzogener Redhibition,[1443] die Function einer cond. indebiti von der bon. fid. a. als Impenſenklage (A. 1393), die Function einer cond. ob turp. caus. von der a. de pecunia calumniae causa accepta, die Function einer cond. ob iniust. caus. z. B. von der der leg. a. sacram. überwieſenen a. repetundarum leg. Calpurniae, wie Juniae u. a. m.,[1444] endlich die Function einer cond. furtiva von der a. rerum amotarum (A. 837. 1826). Und ſodann that von hier aus die Rechtswiſſenſchaft den weiteren Schritt der Schaffung von Klagen mit allgemeiner Verwendbarkeit für beſtimmte Fälle einer Vitioſität der causa: der condictiones ob causam, deren Ausbildung während des gegenwärtigen Zeitraumes in zwei Anſätzen erfolgt: durch Conſtituirung zuerſt der cond. non debiti, und weiterhin ſodann einer cond. ex iniusta causa,[1445] und zwar beidemale als rei condictio (A. 1448 fg.)

1442) Ed. aed. in D. XXI, 1, 1. § 1: Quodsi mancipium — adversus quod dictum promissum fuit (Hal.), cum veniret, fuerit (Hal.), quod eius praestari oportere dicetur, emptori — iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.

1443) Pap. 3 Resp. (fr. Vat. 14); Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 31. § 17—19); vgl. Schilling, Inſt. § 299 pp.

1444) A. 1305; im Uebrigen vgl. Voigt, Cond. ob caus. § 39. Hierher gehört auch die a. Pauliana utilis, welche im Falle mangelnder scientia fraudis des Erwerbers und bei lucrativa causa des Erwerbes wider denſelben auf quanto locupletior factus est gegeben wird: Ulp. 66 ad Ed (D. XLII, 8, 6. § 11. 13) und Proc. daſ. vgl. Voigt, a. O. A. 744.

1445) Vgl. zu dem Obigen, wie zu dem Nachſtehenden Voigt, Cond. ob caus. § 40. Einen durchaus ſicheren Beweis der ſpäteren Entſtehung jener Klagen liefern theils die röm. Juriſten, indem dieſelben die cond. ob caus. in ſcharfer Betonung als Product bezeichnen der aequitas: Pap. 8 Quaest. (D. XII, 6, 66), Paul. 17 ad Plaut. (D. cit. 65. § 4) oder des Principes nemo cum damno alterius locupletior fieri debet: Pomp. 21 ad Sab. (D.

Zunächſt nun die cond. non debiti iſt beſtimmt erſt nach dem Edicte des C. Aquilius Gallus von 688 Quae dolo malo facta esse dicentur conſtituirt worden, weil eine eigene exc. non debiti im römiſchen Rechte niemals exiſtirt hat, vielmehr an Stelle von ſolcher die exc. doli mali verwendet ward (A. 1609), dieſe ſelbſt aber durch jenes Edict für die stricti iuris actiones erſt geſchaffen worden iſt (§ 118). Andrerſeits aber iſt ſolche Klage nicht allein den Veteres bereits bekannt,[1446]) ſondern es findet ſich dieſelbe auch ſchon in dem auf Serv. Sulpicius zurückgehenden gajaniſchen Obligationen-Syſteme (A. 485). Somit aber iſt dieſe cond. non debiti ſehr bald nach 688 geſchaffen worden und zwar unter interpretativem Anſchluſſe an die condictio ex numeratione,[1447]) dem entſprechend nun dieſelbe auch ſyſtematiſch an die mutui datio angelehnt[1448]) und in jenem Syſteme des Servius der Claſſe der obligationes quae re contrahuntur eingeordnet und

---

cit 14), theils Cic. p. Qu. Rosc. 4, 14. 5, 13 (678), der, den negativen Beweis antretend, daß die erhobene certi cond. nicht begründet iſt, dieſen Beweis durch die Sätze führt: neque adnumerasse, neque expensum tulisse, neque stipulatum esse se actor dicit. Denn der hieraus ſich ergebende Beweisgrund für die obige Thatſache iſt abſolut ſicher und zureichend, da Cicero nicht blos als Rhetor, wie als Orator, ſondern auch als Mann von Klarheit und Einſicht über die Erforderniſſe eines negativen Beweiſes nicht im Unklaren iſt. Ein Seitenſtück ſolchen negativen Beweiſes bietet übrigens p. Quint. 19—27. Vgl. Beil. XIX, A. 117. Voigt, a. O. A. 185. Sehr treffend bemerkt Sanio, z. Geſch. d. röm. R. W. 57: „heutzutage iſt es freilich Mode geworden, das „Gerede" Cicero's, falls es zu den Anſichten der Schule nicht recht paſſen will, mit beſonderer Geringſchätzung zu behandeln."

1446) J. Just. III, 27, 7: ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non potest.

1447) Gai. III, 91: qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur: nam proinde ei condici potest „Si paret eum dare oportere", ac si mutuum accepisset; vgl. J. Just. III, 14, 1 und Theoph. in h. l., ſowie Beil. XIX A. 117.

1448) Gai. 3 Aur. (XLIV, 7, 5. § 3): qui non debitum acceperit per errorem solventis, obligatur — quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus; J. Just. III, 27, 6: perinde is, qui accepit (sc. indebitum), obligatur, ac si mutuum illi daretur et ideo condictione tenetur; Theoph. in h. l. — Wegen des proinde ac si in A. 1447 und des quasi, perinde ac si vgl. A. 436.

unmittelbar an die mutui datio angeſchloſſen wird (A. 1447). Und zwar ward als weſentlicher Thatbeſtand der Klage geſetzt das non debitum accipere per errorem solventis, die Klage ſelbſt aber als cond. non debiti bezeichnet (A. 1446 fg.).

Und an dieſe cond. non debiti ward ſodann weiterhin durch die constitutio Veterum: Quod ex iniusta causa apud aliquem est, potest condici[1449]) eine cond. ex iniusta causa interpretativ angelehnt, welche im Beſonderen aus Thatbeſtänden ertheilt ward, auf welche die nächſtfolgende Periode ebenſo die cond. caus. non sec. und finita, wie ob turp. caus. und furtiva ſtützte.[1450]) Und zwar iſt dieſe cond. ex iniusta causa allerdings jünger, als die cond. non debiti, da ſie dem gajaniſchen Inſtitutionen-Syſteme noch fremd iſt, gleichwohl aber nur kurze Zeit nach dieſer und noch im 7. Jahrhundert geſchaffen worden, da ſie nicht allein als dem Serv. Sulpicius und den Veteres bekannt uns bekundet wird,[1451]) ſondern ihre Ausbildung auch noch bei Lebzeiten des C. Aquilius Gallus ſich vollzieht. Denn es ſteht die Conſtituirung dieſer Klage zeitlich in Verbindung mit dem von Val. Max. VIII, 2, 2 berichteten, auch von Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 1) in thesi erörterten Rechtsfalle, wo C. Visellius Varro, von Krankheit befallen, ſeiner Buhlerin Otacilia Laterensis als mortis causa donatio die Expenſilation über 30,000 Seſterzen geſtattete und nun, als nach ſeiner Geneſung die Otacilia dieſe Summe einklagt, ſolcher Klage zweifelsohne die exc. doli mali entgegenſtellt, auf Grund deren dann C. Aquilius Gallus als Richter „adhibitis in consilium principibus civitatis" den Beklagten abſolvirt.[1452]) Denn indem hieraus ſich ergiebt, daß einerſeits die Beachtlichkeit der exc. doli mali in ſolchem Falle als etwas ganz Neues von Aquilius ausgeſprochen

---

1449) Sabin. und Cels. bei Ulp. 18 ad Sab. (D. XII, 5, 6); vgl. Jav. 8 Ep. (D. XLV, 1, 107), Arist. bei Paul. 7 ad Sab. (D. XXV, 2, 6. § 5).

1450) Voigt, a. O. 247 fg. Wegen der cond. furt. ſ. noch A. 1620.

1551) Serv. de Dot. bei Ner. 2 Membr. (D. XII, 4, 8); Veter. bei Tryph. 15 Disp. (D. XIII, 1, 20) ſ. § 119 a. E. Alf. 5 Dig. a. Paul. ep. (D. XII, 6, 36).

1452) Vgl. über dieſen Proceß Heimbach, Creditum 377. Keller, Inſt. 346. Der Fall ordnet ſich der cond. causa finita der nächſten Periode unter: Voigt, a. O. § 77 unter 2.

und durch die Zuziehung der principes civitatis in sein consilium iudicis gewissermaaßen legalisirt, sowie andrerseits das Urtheil des Letzteren von jener Zeit als Präjudiz für verwandte Fälle aufgefaßt ward, so ist nun hieraus zu entnehmen, daß bald nach jenem Processe auch die cond. ex iniusta causa theoretisch construirt wurde.

Aus jenem Constructions-Processe aber der cond. ob caus.: der interpretativen Anlehnung der cond. non debiti an die cond. ex mutui datione und der cond. ex iniusta causa an jene erstere erklären sich zugleich die so befremdenden beiden Thatsachen, zunächst daß die jurisdictionelle condemnatio der triticaria cond. ob caus. auf quanti ea res erit, somit auf Erstattung des pretium rei sich concipirt (§ 71), civilrechtlich aber derselben die Richtung auf das id quod pervenit, somit auf Erstattung des lucrum beigemessen wird (A. 929): denn hierin prägt ein directer Widerspruch zwischen dem Proceß- und dem Civilrechte sich aus, der lediglich in der Weise historisch sich erklärt, daß einerseits in Folge des im Obigen dargelegten constructiven Bildungsprocesses jene Klage die Proceßformel der cond. tritic. empfing, andrerseits aber jener Bildungsproceß selbst zu einer Zeit sich vollzog, wo die Interpretatio bereits machtvoll genug war, um der Proceßformel einen ihrem sprachlichen Gehalte durchaus abweichenden Sinn beizulegen (§ 124); und sodann wiederum, daß die cond. ob caus. eine Aequitätsklage im Dienste des Principes nemo cum damno alterius locupletior fieri debet und doch zugleich als condictio construirt ist, als Klage somit, die selbst wiederum insofern diesem Principe durchaus ablehnend und heterogen gegenübersteht, als sie durchaus nicht die Nebenfunction einer Schäden- oder Bereicherungsklage übernimmt, durch welche die niederen Positionen der aequitas bezüglich der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung oder bezüglich der impensae necessariae oder des Zwischengewinnes von der res debita verwirklicht und durchgeführt werden: denn hierin prägt sich das widerspruchsvolle Verhältniß aus, daß ein Postulat der aequitas mit den Mitteln und in den Formen, nach den Gesetzen und unter den besonderen Modalitäten des rigor zur Geltung gebracht wird, was wiederum historisch daraus sich erklärt, daß die Entstehung dieser Klage in eine Zeit fällt, wo die wissenschaft-

liche Rechtsbildung noch in hohem Maaße beengt und in ihren Bewegungen behindert war durch die Nothwendigkeit, interpretative Anlehnungen und Stützpunkte für ihre Neubildungen zu gewinnen (§ 49).

§ 121.

Die actio Publiciana rescissoria und de in rem verso. Die condictio ex lege repetundarum.

Die a. Publiciana rescissoria, die nach § 107 von Vorn herein auf den äußerst beschränkten Thatbestand sich erstreckte, daß der absens rei publicae causa oder der in hostium potestate Befindliche durch Usucapion eine ungerechtfertigte Bereicherung erlangte, erfuhr bereits in der gegenwärtigen Periode eine sehr bedeutende Erweiterung ihrer Sphäre durch eine Neuredaction des Edictes, die theils durch Serv. Sulpicius bekundet (A. 1453), theils aus Labeo zu folgern ist (A. 1455).

Und zwar erstreckten sich diese Erweiterungen nach doppelter Richtung: zuerst wurde einestheils die absentia selbst generalisirt durch die Clausel: cum absens non defenderetur, wie anderntheils der absentia noch andere Fälle der Behinderung gleichgestellt: das in vinculis esse nec defendi, dessen Lab. bei Callistr. 2 Ed. mon. (D. IV, 6, 9) gedenkt, dann die Fälle des secum agendi potestatem non facere, des cum eum invitum in ius vocari non liceat neque defenditur, des cum magistratus de ea re appellatus esset und des cum per magistratus sine dolo [malo] ipsius actio exemta esse dicetur,[1453]) woneben dann der Prätor C. Cassius eine specielle Clausel noch bezüglich der Behinderung durch feriae extra ordinem indictae proponirte.[1454]) Und sodann wird bezüglich der Zuständigkeit der Klage dem Erwerbe in

---

1453) Diese Clausel war bekannt dem Serv.: Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 26. § 4); vgl. Lab. das. (D. cit. § 4. 6).

1454) Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 26. § 7); vgl. A. 1414. An Stelle solcher speciellen Clauseln trat dann im edictum perpetuum die clausula generalis, vgl. Schilling, Inst. § 131 r. Und der letzteren gehört wohl auch an die Coordinirung des consequi quod non utendo amissum est und des actione solvi ob id, quod dies eius exierit mit der Usucapion; vgl. § 93.

Folge der Behinderung der Verluſt in Folge derſelben gleichgeſtellt, ſomit aber die rescissoria nicht mehr allein wider den Behinderten, ſondern auch zu Gunſten deſſelben neu ertheilt, wobei nun das Edict die beiden alten Clauſeln des rei publicae causa abesse und des in hostium esse wieder aufnahm und denſelben noch andere verwandte Fälle, ſo das metu abesse und in vinculis esse beifügte.[1455])

An jene a. rescissoria ſchließt ſich ſodann an theils ganz unmittelbar die a. restitutoria wegen circumscriptio minorum (A. 1630), theils aber auch die a. de in rem verso und zwar ebenſo in ſyſtematiſcher Beziehung: inſofern auch dieſe Klage unabhängig von dem Gegenſatze der bon. fid., wie stricti iur. negotia Platz greift; wie nicht minder in proceſſualiſcher Beziehung: inſofern auch dieſe Klage nicht ſelbſtſtändige actio iſt, ſondern nur techniſche Modification gegebener actiones directae, durch beſtimmte Proceßclauſeln vermittelt. Dahingegen ſchließt dieſe Klage wiederum an die cond. ex lege repetund. darin ſich an, daß ſie gleich dieſer auf Reſtitution der Bereicherung tendirt und dieſe Bereicherung ebenfalls als id quod pervenit bemeſſen wird, wie ſolches Alf. 2 Dig. (D. XV, 3, 16) bekundet.

Im Uebrigen gehört die a. de in rem verso dem Ausgange des 6. Jahrhunderts an und hat hier nun ihre Veranlaſſung gefunden in den landwirthſchaftlichen Verhältniſſen und deren nach dem puniſchen Kriege ſeit 553 ſich vollziehenden Umgeſtaltungen. Denn indem von dieſem Zeitpunkte ab die Selbſtbewirthſchaftung der Landgüter Seitens der Vornehmeren immer allgemeiner aufgegeben und das hauptſächliche Domicil von jenem hinweg in das Stadtgrundſtück verlegt ward, ſo gewann in Folge deſſen der villicus eine völlig veränderte Stellung: während bis dahin derſelbe ohne eigene Verwaltungsbefugniß und reiner Gutsvoigt war, trat nunmehr derſelbe in die Stellung eines Gutsinſpectors ein, ausgeſtattet mit ausgedehnter Diſpoſitionsbefugniß. Und in ſolcher ſelbſtſtändigen Stellung begegnen wir nun demſelben bei Cat. R. R. 5. 142 und namentlich in c. 5, 3. 4, wie nicht

1455) Lab. bei Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 17. § 1), Paul. 12 ad Ed. (D. cit. 13. pr.) und bei Callistr. 2 Ed. mon. (D. cit. 9) Vgl. im Allgemeinen § 93.

minder auch der villica in c. 143,[1456]) womit denn auch die Inſtruction für Jenen übereinſtimmt bei

Cat. R. R. 5, 4: quod dominus crediderit, exigat. — Duas aut tres familias habeat, unde utenda roget. — Ne quid emisse velit insciente domino;

wozu vgl. Col. R. R. XI, 1, 23: non ullas nundinas nisi vendendae aut emendae rei necessariae causa frequentaverit, und ähnlich I, 8, 6.

Und wie auf dieſes höhere Alter jener Klage überdem die bei derſelben vorkömmliche archaiſche, der leg. a. entlehnte Clauſel betreffs des dolus malus (A. 1410) hinweiſt, ſo begegnen wir nun derſelben auch bei Alf. 2 Dig. (XV, 3, 16).

Endlich die letzte dem gegenwärtigen Zeitraume angehörige Klage, welche der Geſchichte der maaßgebenden Principien anheimfällt, iſt die cond. ex lege repetundarum wider den Dritten auf id quod pervenit, eine Klage, die an ſich zwar ſyſtematiſch eine durchaus untergeordnete Stellung einnimmt, die aber dadurch eine geſteigerte Bedeutung gewinnt, daß von ihr die Extenſion von Delictsklagen wider den dritten Beſitzer des delictiſchen Objectes auf das Maaß der Bereicherung ihren Ausgang nimmt und zwar in der nächſten Periode zunächſt auf die a. quod met. c. übertragen und dann in noch weitergreifender Maaße verallgemeinert wird (§ 134).

Und zwar iſt jene cond. ſelbſt eine ſubſidiäre, civile Adhäſions-Klage zur criminellen accusatio repetundarum: einestheils nur dann und inſoweit zuläſſig, als von dem criminell Verurtheilten der nach Maaßgabe der bezüglichen litis aestimatio ſich ergebende Betrag der Repetunden nicht zurückzuerlangen war, und inſoweit nun wider den dritten Beſitzer der Repetunden auf die Reſtitution des quod ad eum pervenit ſich richtend, andrerſeits aber wiederum vor die nämlichen Individuen verwieſen, welche ebenſo in der quaestio perpetua repetundarum als iudices, wie in der derſelben adhärirenden litis aestimatio als recupera-

---

1456) Wegen des villicus vgl. auch Varr. RR. I, 2, 14. Col. RR. I, 8, 1 fg. XI, 1. und wegen der villica: Col. RR. XII, 1. Vgl. auch Lab. bei Ulp. 28 ad Ed.(D. XIV, 3, 5. § 2).

tores fungirt hatten[1457]) und die ſomit nun auch in jenem iudicium als recuperatores richteten. In ihrer Entſtehung aber geht jene Klage zurück auf die lex Servilia repetundarum von 654 und auf die lex Cornelia de sicariis et veneficiis von 673, durch deren Capitel de corruptis iudiciis dieſelbe auch auf den Thatbeſtand der Annahme von Beſtechungen Seitens des iudex quaestionis übertragen wurde,[1458]) worauf dann endlich die lex Julia repetundarum von 695 ebenſo den Thatbeſtand der Repetunden, wie demgemäß die Anwendbarkeit jener Klage ſelbſt noch weiter extendirte.[1459]) Im Uebrigen aber qualificirt ſich

---

1457) Subſidiarität: Cic. p. Rab. Post. 4, 8. 13, 36. 37. Richterperſonal: Cic. cit. 5, 10. p. Cluent. 41, 116. Cael. bei Cic. ad Fam. VIII, 8, 3. Recuperatoren der lit. aestim. z. B. bei Tac. Ann. I, 74. und ſo auch bereits früher in dem iudicium repetund. extraordinarium im J. 581 bei Liv. XLIII, 2.

1458) Cic. p. Rab. Post. 4, 8. 9: iubet lex Julia persequi ab iis, ad quos ea pecunia, quam is ceperit, qui damnatus sit (sc. repetundarum), pervenerit; — hoc totidem verbis translatum caput est, quot fuit non modo in Cornelia, sed etiam ante in lege Servilia; bezüglich der lex Servilia auch Cic. p. Cluent. (688) 41, 116: fieri videmus, ut reo damnato de pecuniis repetundis, ad quos pervenisse pecunias in litibus aestimandis statutum sit, eos iidem iudices absolvant. — Rein, Crim. Rt. 621 und die daſ. Citirten verſtehen unter jener lex Cornelia eine eigene lex repet., während wiederum Zumpt, Crim. Rt. II, 1, 358 fg. bei Cic. jede Bezüglichkeit auf Repetunden leugnet. Beides wird widerlegt durch Marc. 14 Inst. (D. XLVIII, 8, 1. § 1): tenetur (sc. lege Corn. de sic. et venef.), qui hominis necandi causa venenum confecerit, dederit quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quoquis publico iudicio rei capitalis damnaretur quive magistratus iudexve quaestionis ob capitalem causam pecuniam acceperit, ut publica lege reus fieret; denn darnach verhält ſich die Sache ſo wie oben dargeſtellt.

1459) Cic. p. Rab. Post. 4, 8 (A. 1458); Cael. bei Cic. ad Fam. VIII, 8, 2 (703): neque Laterensis praetor postulante Pausania — „Quo ea pecunia pervenisset“ recipere voluit; vgl. im Allgemeinen Zumpt, a. O. II, 2, 294 fg. Bezüglich der Erben insbeſondere greift eine ganz andere Rechtsordnung Platz: dieſelben haften zwar ebenfalls nur auf id quod pervenit, allein dies nicht mit der cond. ex lege repetund., als vielmehr mit der litis aestimatio repetund.: es wird hier, wie beim crimen peculatus und de residuis und wie beim crimen maiestatis auch nach dem Tode des Bezüchtigten die accusatio wider denſelben erhoben oder reſp. fortgeſetzt, derſelbe dann von den Erben vertheidigt und im Verurtheilungsfalle endlich beim crimen maiestatis die Confiscation der bona defuncti vollzogen (A. 1898), bei crimen peculatus, de residuis und repetund. dagegen wider die Erben litis

dieſe Klage ohne Weiteres als cond. ex lege,[1460]) der nun von Vorn herein, durch die Klagformel ſelbſt beſtimmt (A. 1460), die Richtung auf das id quod pervenit im techniſchen Sinne d. h. auf die überhaupt erlangte Bereicherung zukam, bis dann die nächſtfolgende Periode zweifelsohne ſolche Haftung auf das Maaß des quanto locupletior factus est d. h. auf den Betrag der zum Zeitpunkte der Litisconteſtation noch vorhandenen Bereicherung abminderte (A. 928).

---

aestimatio auf id quod ad eos pervenit gegeben. Dies erhellt aus Plin. Ep. III, 9, 6. 17 (101): Baetica etiam in defuncti (sc. Caecilii Classici) accusatione perstabat. Provisum hoc legibus, intermissum tamen et post longam intercapedinem tunc reductum (wo eine accusatio wider den Defunctus noch gar nicht erhoben iſt, wie Plin. § 5 beſagt: accusationem — morte praevertit). — Bona Classici, quae habuisset ante provinciam (sc. susceptam) placuit senatui a reliquis separari, illa filiae, haec spoliatis: Scaev. 4 Reg. (D. XLVIII, 11, 2): datur ex hac lege (sc. Julia) et in heredes actio intra annum duntaxat a morte eius, qui arguebatur; Pap. 36 Quaest. (D. XLVIII, 13, 14): publica iudicia peculatus et de residuis et repetundarum similiter adversus heredem exercentur nec immerito, quum in his quaestio principalis ablatae pecuniae moveatur; Modest. 2 de Poen. (D. XLVIII, 2, 20): ex iudiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum ademtionis, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta, excepto repetundarum et maiestatis iudicio, quae etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicentur; Grat. Val. et Th. im C. Th. IX, 27, 4 (332). Von dieſer litis aestimatio peculatus, de residuis und repetund. auf id quod ad heredes pervenit nehmen ſpäter die privatrechtlichen delictiſchen Klagen auf id quod pervenit wider die Erben ihren Ausgang: A. 1642. — Ganz unklar iſt Rein, a. O. 641, wogegen richtig unterſcheidet Zumpt, a. O. II, 1, 201 fg. Crim. Pr. 409 fg.

1460) Für die Klagformel iſt maaßgebend Cic. p. Rab. Post. 4, 8: causa „Quo ea pecunia pervenerit"; § 9: „Quo ea pecunia pervenisset" causa; 13, 37: „Quo ea pecunia pervenerit"; ad Fam. VIII, 8, 2: praetor „Quo ea pecunia pervenisset" recipere voluit; vgl. A. 1458. Danach ergiebt ſich die Klagformel: quod ea pecunia, quam L. Titius repetundarum damnatus abstulit, cepit, coëgit, conciliavit avertitve, ad Num. Negidium pervenit, quidquid parret ob eam rem Num. Negidium Aul. Agerio dare facere oportere, eius, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato: Beil. XIX A. 13.

§ 122.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre.

Die aequitas in ihrer von Alters her gegebenen Eigenthümlichkeit als Trägerin des Gesetzes der ökonomischen Angemessenheit oder Billigkeit in Abwägung von collidirenden Vermögensinteressen (§ 100) erfährt in dem gegenwärtigen Zeitraume nach doppelter Richtung hin eine Verallgemeinerung jenes ihres Wesens: von der Theorie wird derselben neben der damni ratio auch noch die Vertretung der voluntatis ratio überwiesen (S. 268), während im Munde des Volkes dieselbe zur Billigkeit überhaupt sich verallgemeinert (A. 1326).

In dieser letzteren und an sich rein vulgären Beziehung fand aber die aequitas auch eine systematische Einordnung und Behandlung theils in dem rechtsphilosophischen Systeme Cicero's, wo sie, in Nachbildung der ἰσότης des Aristoteles, als Princip des Rechtes im Allgemeinen auftritt (Beil. I), theils aber auch in Cicero's Theorie der Rhetorik, in welcher sie neben der honestas und utilitas als Norm anerkannt wird, welche die allgemeinsten leitenden Gesichts- und Zielpunkte der oratorischen Aufgabe bestimmt. Und zwar ist im Besonderen die Stellung dieser drei Gesetze zu den drei Theilen der Beredtsamkeit wiederum eine verschiedene: denn während die honestas eine prärogative maaßgebende Bedeutung für das genus causarum demonstrativum und die utilitas wiederum eine solche für das genus deliberativum hat, so ergiebt dagegen die aequitas die vornämliche Aufgabe für das genus iudiciale,[1461]) dem entsprechend daher Cic. Part. Or. 28, 100 diesem genus die excipienda iniquitas actionis und die comparanda aequitas überweist und in Top. 24, 91 sagt: iudicii finis est ius; — — iuris autem partes tum expositae, cum aequitatis. Und die gleiche Theorie bietet auch der Verfasser des Dial. de Orat.[1462])

1461) Cic. de Inv. II, 4, 12. 51, 156. Part. Or. 21, 71. 24, 83. 28, 98. Top. 24, 91. vgl. 25, 94.

1462) Dial. de Orat. 31: in iudiciis fere de aequitate, in deliberationibus de honestate dicimus, ita ut plerumque haec ipsa invicem misceantur.

Im Beſonderen aber iſt es die constitutio generalis oder iuridicialis und reſp. die definitiva, welcher die Erörterung, Darlegung und Begründung der aequitas, ebenſo wie des ius berufsmäßig zufällt. Daher wird denn von Cic. de Inv. I, 11, 14 die constitutio generalis, welche ſich mit der juriſtiſch relevanten Qualification des Rechtsfalles beſchäftigt,[1463] in die zwei Theile zerlegt: in die iuridicialis causa, in qua aequi et recti natura aut praemii aut poena ratio quaeritur (vgl. II, 21, 62—22, 68) und in die negotialis causa, in qua, quid iuris ex civili more et aequitate sit, consideratur (vgl. II, 23, 69—39, 115); und nicht minder wird in Part. Or. (Beil. XVII § II unter C III) der constitutio iuridicialis die Erörterung überwieſen: aut de honestate aut de utilitate aut de aequitate (19, 66) und dieſelbe dahin characteriſirt: in aequitate et iure maxime consistit (28, 100); aequi et veri et recti et humani ad ignoscendum disputatio, aequitas opponenda (29, 102); und endlich wieder wird in Top. 25, 94 (Beil. XVII unter B) der constitutio definitiva und iuridicialis die Erörterung unterſtellt de utilitate, honestate, aequitate deque iis rebus, quae his sunt contrariae. Und die gleiche Theorie findet ſich auch bei Quint. J. O. VII, 4, 3, der dem status iuridicialis die Erörterung der aequitas zuweiſt, und wird practiſch illuſtrirt durch Cic. de Off. III, 22, 80: male etiam Curio, cum causam Transpadanorum aequam esse dicebat, semper autem addebat: „Vincat utilitas.“

Endlich bietet aber auch die aequitas neben utilitas und honestas einen Maaßſtab, nach welchem das Ergebniß der interpretatio ex voluntate controlirt und beſtätigt wird (§ 27 unter 4a).

Was ſodann insbeſondere das Princip nemo cum damno alterius locupletior fieri debet betrifft, ſo trat daſſelbe, wie in § 101. 111 dargelegt, von Alters her im Munde des Volkes in zahlreichen Einzelſentenzen gnomiſchen Characters zu Tage, als ein Stück ſomit jenes von dem Volke bewahrten Schatzes von volksthümlich ſpeculativen Ideen über Billigkeit und Moral,[1464]

1463) Cic. de Inv. I, 8, 10: qualis res sit. Im Uebrigen vgl. Beil. XVII § II unter A II.

1464) Vgl. noch Ter. Andr. IV, 1, 1 fg.: hoccine credibile — —,

und dieſe Sentenzen wurden ſodann im gegenwärtigen Zeitraume von der Rechtswiſſenſchaft in mannichfache regulae iuris und constitutiones umgeſetzt. Während ſo daher hier wie dort ſolches Princip lediglich in concreterer Urtheilsform kundgegeben ward (Thl. I § 78), ſo iſt es nun die Philoſophie, welche am Ausgange dieſes Zeitraumes daſſelbe in der logiſchen Allgemeinheit ſeines Denkgehaltes erfaßt und dementſprechend auch in eine abſtractere Faſſung verlautbart. Denn ſo überweiſt Cic. de Off. I, 7, 20 dem ius naturale die beiden Principien: ut communibus pro communibus utatur, privatis ut suis und: ne cui quis noceat, nisi lacessitus iniuria (Thl. I § 38), und erläutert ſodann das letztere in III, 5 dahin:

Detrahere — alteri aliquid et hominem hominis incommodo suum augere commodum magis est contra naturam, quam mors, quam paupertas, quam dolor, quam cetera, quae possunt aut corpori accidere aut rebus externis. Nam principio tollit convictum humanum et societatem. Si enim sic erimus affecti, ut propter suum quisque emolumentum spoliet aut violet alterum, disrumpi necesse est eam, quae maxime est secundum naturam, humani generis societatem (vgl. Thl. I § 46). — — Si unus quisque nostrum ad se rapiat commoda aliorum detrahatque quod cuique possit emolumenti sui gratia, societas hominum et communitas evertatur necesse est. Nam sibi ut quisque malit quod ad usum vitae pertineat quam alteri acquirere concessum est non repugnante natura, illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes augeamus.

Während ſo daher die Philoſophie ihre in Theil I § 44 präciſirte Aufgabe erfüllt, „daß ſie die leitende Idee und den Grundgedanken, welcher den einzelnen gegebenen Satzungen und Inſtitutionen des Volkes inwohnt und durch dieſelben in einzelnen

tanta vecordia innata cuiquam ut siet, | — — ex incommodis | alterius sua ut comparent commoda? ah! | Idne'st verum? immo id est genus hominum pessimum; wo verum im Sinne von aequum ſteht: Stallbaum in h. l.; Heaut. II, 4, 16 fg.: me quidem semper scio fecisse sedulo, | ut ex illius commodo meum comparem commodum; Hec. V, 3, 42: multa ex quo fuerint commoda, eius incommoda aequomst ferre; Liv. IV, 58, 2: tantum abfuit, ut ex incommodo alieno sua occasio peteretur; Syr. sent. 297 Wölf.: lucrum sine damno alterius fieri non potest.

Beziehungen ſich offenbart, der Nation zur ſelbſtbewußten geiſtigen Anſchauung, zur vollen Erkenntniß, zur fruchtbringenden Reflexion emporhebe", ſo hat andererſeits dagegen dieſelbe durch die practiſche Verwerthung jenes Principes und durch deſſen caſuiſtiſche Behandlung, wie ſolche nach dem Vorgange der Stoiker bei Cic. de Off. III, 12, 50 — 14, 58 und c. 17 uns entgegentritt, einen fördernden Einfluß auf deſſen Verwendung für das Recht nicht zu gewinnen vermocht, da die Ergebniſſe der diesfallſigen Unterſuchungen um des dabei überwiegenden Standpunktes der moraliſchen Betrachtung willen den Anforderungen und Bedürfniſſen des Lebensverkehres nur widerſtrebten (Theil I § 40). Denn das unbeſchränkte Verbot der Förderung des eigenen Vortheiles auf Unkoſten des Mitintereſſenten und die Anforderung, Nichts um ſolchen Vortheiles willen zum Nachtheile des Anderen zu verſchweigen, wie überhaupt auf Unkoſten des Anderen weder durch Wort, noch That den eigenen Nutzen zu verfolgen; und ſo insbeſondere die Anforderung, daß der Verkäufer der ſchönfärbenden Anpreiſung ſeiner Waare ſich enthalten, vielmehr jeden Mangel derſelben dem Käufer anzeigen, der Abkäufer aber wiederum nicht unter dem wahren Werthe die Sache erkaufen und das Preis-Minus dem Verkäufer nachzahlen ſolle; derlei Poſtulate der Philoſophie verkennen in der That die Bedürfniſſe des geſchäftlichen Verkehres und treten in den ſchroffeſten Widerſtreit mit deſſen Tendenzen und Triebkräften ſelbſt: denn indem die geſammte Güterbewegung ihren vornämlichen Zielpunkt in Wahrheit in einer dem eigenen Vortheile dienenden Veränderung des jeweilig gegebenen Beſitzſtandes findet und ſomit ihre letzte Tendenz nicht in einem Austauſche reiner Aequivalente, als vielmehr in einem Umſatze zur Förderung des eigenen Nutzens beſteht, ſo muß nun jenes Verbot der Verfolgung des eigenen Vortheiles auf Unkoſten des Mitintereſſenten nothwendig gewiſſen Beſchränkungen unterworfen werden, welche ſelbſt, den volkswirthſchaftlichen Geſetzen des geſchäftlichen Verkehres Rechnung tragend, nur aus dieſen allein entnommen werden können.

Und darin nun, daß die Philoſophie, dieſen Sachverhalt verkennend, den Güterverkehr durchaus einſeitig dem Geſetze der Moral unterſtellt, liegt der letzte Grund, weßhalb derſelben die Löſung der angeregten Fragen mehrfach völlig mißlang, im All-

gemeinen aber die von derſelben gewonnenen Reſultate ohne practiſchen Werth und ohne Verwendbarkeit für das Leben, wie ohne unmittelbare Brauchbarkeit für die Rechtstheorie ſich erwieſen, demgemäß die letztere zwar die bezüglichen Probleme der Philoſophie, nicht aber deren Löſungen recipirte, wie z. B. Flor. 8 Inst. (D. XVIII, 1, 43. § 2) ergiebt.

Vielmehr haben Volksanſchauung und Rechtswiſſenſchaft, jenes Verbot auf die ungerechtfertigte Vermögensſchädigung, wie Bereicherung beſchränkend und die boni mores, ſomit in letzter Inſtanz die volkswirthſchaftlichen Geſetze als Maaßſtab ſolcher Rechtfertigung oder Grundloſigkeit ſetzend, von Vorn herein den richtigen Weg in Behandlung jenes Principes eingeſchlagen; denn wie einerſeits die aequitas oder fides bona Trägerin jenes Verbotes iſt, ſo nun findet dieſelbe auch in ſich ſelbſt jenen Maaßſtab der Rechtfertigung: in den volkswirthſchaftlichen Geſetzen des Verkehres nämlich, die, in den boni mores beruhend, eine Controle jenes Verkehres ergeben. Daher tritt in jenem Principe die aequitas als Maaßſtab der Beurtheilung für die geſchäftliche Güterbewegung in der Weiſe auf, daß ſie nach dem Geſichtspunkte ſachlicher Rechtfertigung dieſe öconomiſchen Vorgänge billigt oder reprobirt, dieſe ſachliche Rechtfertigung ſelbſt aber in den gegebenen Geſetzen des wirthſchaftlichen Verkehres: in den boni mores ſucht und gewinnt (§ 68). Im Uebrigen aber gehört die abſtracte Präciſirung des Principſatzes ſelbſt und das doctrinelle Operiren mit ſolchem erſt der folgenden Periode an (§ 140), wenngleich auch in dem gegenwärtigen Zeitraume bereits gewiſſe Anfänge davon hervortreten, ſo bei Ofil. in Paul. 6 ad Ed. (D. II, 10, 2): ne ex dolo servi dominus lucretur.

Endlich im Einzelnen hat die Rechtsbildung dieſes Zeitraumes innerhalb der Sphäre des obigen Principes Sätze von hohem ſpeculativen Werthe für das Recht geſchaffen und präciſirt, ſo vor Allem in dem Satze commodum eius est, cuius periculum est (§ 113), der, auf dem leitenden Geſichtspunkte der öconomiſchen aequitas beruhend, daß durch die Zuweiſung des commodum eine finanzielle Ausgleichung des periculum in potentia zu gewähren ſei,[1465]) darin einen mit dem ἴσον des Ariſtoteles, wie mit dem

1465) Vgl. Mommſen, Erörter. I, 15. Allerdings balanciren commo-

par des Cicero (A. 1256) verwandten Gedanken verlautbart; und nicht minder ſodann in dem Satze: ubi utriusque utilitas vertitur, et dolus malus et culpa praestatur, ubi unius solius utilitas vertitur, dolus malus solummodo praestatur (§ 112), eine Poſition, in der wiederum an Stelle des commodum die zu Ausgang dieſes Zeitraumes ſo viel ventilirte utilitas (Theil I, 394. Theil II A. 780) eintritt.

§ 123.

Fortſetzung.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanſchauung und dem Lebensverkehre.

Der Verlauf, welchen die hiſtoriſche Entwickelung des gegenwärtigen Zeitraumes in Bezug auf die damni ratio einſchlägt, iſt ein weſentlich anderer, als ſolcher zur gleichen Zeit innerhalb der Sphäre der voluntatis ratio ſich vollzog: während hier bereits während der gegenwärtigen Periode ein Uebergreifen der aequitas in die Sphäre des rigor beginnt, wodurch die Herrſchaft des Letzteren innerhalb ſeines altüberlieferten Gebietes in ihrem Beſtande ſelbſt bedroht ward (§ 53), ſo entwickeln ſich auf dem Boden der damni ratio ſo aequitas, wie rigor im Allgemeinen ſelbſtſtändig und unabhängig neben einander und ohne gegenſeitig ſich zu beeinträchtigen oder zu verkümmern. Dieſe Erſcheinung erklärt ſich aus einer zwiefachen Thatſache: einestheils iſt es die ſpecifiſche Verſchiedenheit der Lebensverhältniſſe ſelbſt, welche eine verſchiedene rechtliche Ordnung in der Richtung des hier maaßgebenden Principes erheiſcht: und wie in dieſem Punkte der moderne Geſchäftsverkehr eine im Principe völlig verſchiedene Rechtsordnung bezüglich des Wechſels einerſeits und des Kaufes andererſeits durchgeſetzt hat und aufrecht erhält, ſo iſt es der parallele Gegenſatz, der im röm. Leben zwiſchen der Stipulation oder der mutui

---

dum und periculum finanziell nicht vollſtändig, da die Möglichkeit des Unterganges der res näher liegt, als die des Gewinnes vom Alterum Tantum. Im Uebrigen geht jenem Satze das verwandte Axiom voraus dotis fructus ad eum pertinent, qui onera matrimonii subit, ſo z. B. Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIII, 3, 7. pr.).

datio einerſeits und der emtio vend. oder der societas andererſeits zur Geltung kommt. Und ſodann iſt es wiederum die Stipulation mit doli clausula, welche, indem ſie es in die Hand der Verkehrenden ſelbſt legt, die Geltung des rigor da zu beſchränken, wo ſolcher dem Verkehrsbedürfniſſe widerſtrebte, deſſen Herrſchaft außerhalb der Sphäre ſolcher Clauſel das Beläſtigende oder Verletzende für den Geſchäftsverkehr benahm. So daher entwickeln ſich rigor, wie aequitas in friedlichem Nebeneinanderbeſtehen zu neuen Geſtaltungen und Ordnungen, ja es adoptirt ſogar die letztere bei einzelnen ihrer Neubildungen gewiſſe Motive des erſteren in den von dieſem entlehnten poenae temeritatis (§ 108).

Allerdings nun greift wiederum die aequitas in verſchiedenen Punkten über in die Sphäre des rigor, hier ihre eigenen Ordnungen zur Geltung bringend. Allein das hiſtoriſche Motiv hierfür liegt weniger darin, daß die Zeitanſchauungen von dem rigor grundſätzlich ſich abgewendet hätten, als vielmehr darin, daß in Folge des eingetretenen Wandels von Sitten und Grundſätzen gewiſſe Conſequenzen des rigor zu unerträglichen Uebelſtänden führten und ſo nun ganz von ſelbſt zu einer Correctur hindrängten. Und dann nun konnte allerdings der Zweifel nicht ausbleiben, ob denn in dem strictum ius eine ſolche gravirliche Verletzung des betreffenden Poſtulates der aequitas fernerhin noch zu geſtatten ſei, welches von der herrſchenden Volksanſchauung ſelbſt als das Angemeſſene vertreten und in dem arbitrium honorarium bereits durchgeſetzt war, und ob denn überhaupt die durch stricti iur. a. geſchützten Rechtsverhältniſſe ihrer Natur nach ſo ganz unvereinbar mit jener nämlichen Satzung des aequum ſich erwieſen. Und indem ſolche Frage verneint ward, ſo erfolgte nun jene Correctur des strictum ius durch die Mittel der aequitas.

Dieſe Correctur ſelbſt aber beſchieht auf ganz eigenthümlichem Wege. Denn indem die stricti iur. a. an ſich als ungeeignet angeſehen ward, die Poſtulate der aequitas in ſich aufzunehmen und zu verwirklichen und dem entſprechend ſich ſelbſt zu modificiren, ſo beſchieht nun ſolche Uebertragung der Satzungen der letzteren auf die erſtere nicht im Wege einer entſprechenden Aenderung der Structur ſolcher Klagen, als vielmehr in der Weiſe, daß ganz neue und ſelbſtſtändige Rechtsmittel geſchaffen werden zu dem Behufe, den betreffenden Sätzen der aequitas auch innerhalb

des strictum ius Anwendung zu verſchaffen: a. und exc. de dolo malo und quod met. c., wie a. de eo quod certo loco. Und namentlich iſt es die letzte Klage, welche in höchſt characteriſtiſcher Weiſe jenen Sachverhalt veranſchaulicht, inſofern als hierbei die Uebertragung der der aequitas angehörigen Rechtsordnung der mora solvendi auf stricti iur. negotia mit vereinbartem Solutionsorte nicht direct, als vielmehr nur durch das Mittel einer proceſſualiſchen Modification der condictio durchgeführt wird. So daher wird auch jetzt noch trotz jener Eingriffe der aequitas in die Sphäre des rigor das Gebiet beider durch das juriſtiſche Naturell der einzelnen actiones beſtimmt, indem die bezüglichen Klagen einen ſcharf ausgeprägten Character je als iudicia oder arbitria an ſich tragen und ſo nun die Gränzen beider Gebiete beſtimmen und deutlichſt markiren, während die Rechtsverhältniſſe an ſich gleichzeitig dem rigor, wie der aequitas ſich erſchließen in der Weiſe, daß z. B. die Stipulation durch eine stricti iur. a. geſchützt iſt und doch die a. de dolo malo erzeugen kann. Ganz am Ausgange dieſer Periode tritt indeß ein ganz neuer Gedanke auf in dem Verſuche, welchen Serv. Sulpicius macht, auf die cond. triticaria ganz direct die Rechtsſätze von der mora zu übertragen (§ 119).

Im Beſonderen aber bewerkſtelligt ſich, wie in § 108 dargelegt, das Uebergreifen der aequitas in die Sphäre des rigor auf doppeltem Wege: theils durch Klagen, die ex professo berufen ſind, den Satzungen des aequum innerhalb des strictum ius Geltung zu verſchaffen, theils durch Klagen, welche den Beruf haben, die Sätze der aequitas gleichmäßig innerhalb deren Gebietes, wie innerhalb der Sphäre des rigor zu verwirklichen und denen gegenüber ſomit der gegebene Gegenſatz von aequitas und rigor als unmaaßgeblich aufgefaßt ward. In allen dieſen Punkten aber prägt nun allerdings die Tendenz ſich aus, zu Gunſten der aequitas eine Ausgleichung zwiſchen dieſer und dem rigor herbeizuführen, eine Tendenz, wofür von Alters her bereits die a. ex stipulatu gewiſſermaaßen einen Vorgang bot.

Im großen Ganzen endlich beherrſcht während des gegenwärtigen Zeitraumes der rigor gleich als das normale Princip den größeren Theil des Rechtsgebietes und zwar vornämlich das ius civile, während er auf das ius gentium nur in der Mehrzahl

der Condictionen[1465a]) und in dem agere in rem per sponsionem übergreift; dagegen die aequitas nimmt noch die Stellung eines singulären Principes ein, dem die arbitria legitima des ius civile, wie die arbitria honoraria und die formula petitoria, endlich auch die actiones in factum conceptae des ius gentium unterfallen. Allein selbst in den arbitria honoraria erweitert sich erst allmählich das von Vorn herein auf die emtio vend. allein beschränkte Gebiet der aequitas, während wiederum die formula petitoria erst dem Ausgange des gegenwärtigen Zeitraumes angehört.

Was nun das aequum et bonum insbesondere betrifft, so ward der Impuls zu den bezüglichen Neubildungen hier, wie allenthalben gegeben durch den eingetretenen Wechsel von nationalen Anschauungen und Sitten, durch die Umwandelung von Grundsätzen und Verkehrsgewohnheiten, im Besonderen aber durch den Verfall der väterlichen Sitte und das Hervortreten neuer nationaler Fehler und Untugenden (A. 468), endlich in gewissen Beziehungen auch durch den Eintritt peregriner Elemente in den römischen Geschäftsverkehr (§ 53). Und so ist es namentlich die Abschwächung der altnationalen fides: der Treu und Redlichkeit des Verkehres (§ 53), das Ueberhandnehmen von captiöser Ausnutzung des Rechtes (A. 392. 474. 1285), das Auftreten endlich von Betrug, wie Gewaltthätigkeit im Dienste rücksichtsloser Geldgier und Gewinnsucht,[1466]) wodurch die a. bon. fid., de dolo und quod met. c., wie nicht minder die a. de in rem verso und de eo quod certo loco, die cond. ob caus. und ex lege repetund. in's Dasein gerufen wurden. Die historische Ent-

1465a) Von Vorn herein aus mutui ,und ob causam datio, sowie in Folge späterer Uebertragung aus Expensilation und Stipulation: Th. II, 652, wo indeß die die Stipulation betreffende Bemerkung nach Maaßgabe von Beil. XIX § VII unter V B 2 zu berichtigen ist.

1466) Was den dolus malus betrifft, so gehören hierher noch die lex Cornelia de falsis v. 673, sowie die a. adversus eum, qui dolo malo fecerit, quominus quis in iudicio sistat: Ofil. bei Paul. 6 ad Ed. (D. II, 10, 2). Die vis aber betreffen die leges Plautia v. 665, Lutatia v. 676, Pompeia v. 702 und Juliae: Danz, Gesch. d. r. R. II, 213; dann die leges repetundarum: § 121; endlich die a. de vi hominibus armatis coactisve v. 678 und die a. adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in ius vocatur: Ofil. bei Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 7, 1. § 2). Vgl. § 118 und im Allgemeinen Thl. II A. 699.

wickelung ſelbſt aber des aequum entfaltet zwar während des gegenwärtigen Zeitraumes noch nicht jene Fülle der Einzelbildungen und jene Reichhaltigkeit des Details, welche die nächſte Periode darbietet; immerhin aber offenbart ſich darin eine überraſchende Geſtaltungskraft für neue Grundformen: denn alle jene Formationen, die in ſo reicher Entfaltung in der nächſten Periode hervortreten, ſind in keimartigen Anſätzen und in ihren Grundtypen bereits von dem gegenwärtigen Zeitraume geſchaffen.

Für die normative Durchbildung jener Formationen nun iſt der wichtigſte, weil folgenreichſte Moment die Verſchmelzung der fides mit der aequitas, die Verbindung ſomit eines rein ethiſchen Elementes mit dem alten öconomiſchen aequum et bonum (§ 108). Denn indem ſo dieſem Geſetze der Billigkeit oder Angemeſſenheit in Schlichtung von Conflicten concurrirender Vermögensintereſſen das Geſetz von Treu und Glauben in geſchäftlichen Dingen als integrirender Beſtandtheil ſich einordnet und andrerſeits wiederum die fides bona zum ſubjectiven Correlate auch des aequum ſich verallgemeinert, ſo wird damit nun eine außerordentlich erweiterte und freie Wirkungsſphäre für alle Bewegungen und conſtructiven Operationen gewonnen, welche Gewohnheit, Rechtstheorie, wie Spruchpraxis auf der Baſis der aequitas oder fides bona vollziehen, insbeſondere aber werden die öconomiſch ausgleichenden Tendenzen der aequitas gegenüber den Vermögensverletzungen in ausgedehnteſter Maaße zum Motive der Rechtsbildung, die boni mores zum allgemeinen Regulator der dort maaßgebenden Pflichten erhoben.[1467])

Für alle jene Bewegungen und Operationen war dabei das reflexive Centrum gegeben in dem Principe nemo cum damno alterius locupletior fieri debet, welches ſelbſt nun nach der dreifältigen Richtung hin zur Geltung gelangte theils der Repreſſion der ungerechtfertigten Schädigung, theils der Reſtitution der un-

1467) Vgl. z. B. Qu. Muc. bei Cels. 7 Dig. (D. XVII, 1, 48. pr.): si quis sub usuris creditam pecuniam fideiussisset et — — reus fideiussori denuntiasset, ut recusaret sub usuris debitam esse, nec is propter suam existimationem recusare voluisset, quod ita solverit a reo petiturum, wozu vgl. Cels.: hoc bene censuit Scaevola: — — non oportet esse noxiae fideiussori, si ipse pepercisset pudori suo. Und ſo nun auch Jul. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 10. § 12). Im Uebrigen vgl. § 111.

gerechtfertigten Bereicherung, theils endlich der Wahrung der Zweiseitigkeit in Berücksichtigung der hierbei betheiligten Interessen. Und nach allen diesen drei Richtungen hin wird jenes Princip unter den diesem Zeitraume angehörigen Gebilden am Vollkommensten und Umfassendsten in den bon. fid. actiones, sowie in geminderter Maaße in der formula petitoria verwirklicht, wogegen reine Schädenklagen sind die a. de dolo malo, quod met. c. und de eo quod certo loco, und reine Bereicherungsklagen wiederum die cond. ob caus. und ex lege repetund., wie die a. de in rem verso, während wiederum in der Publiciana rescissoria auf ganz eigenthümlichem Wege die Beseitigung der Bereicherung vermittelt wird.

Alle diese Neubildungen aber werden auf inductiven Wege gewonnen: aus der concreten Wahrnehmung, welche das Einzelvorkommniß an Gestaltung, Ordnung, Anforderung darbot, wurde der regelnde Satz abstrahirt, um dann mehr und mehr in seinem normativen Gehalte verallgemeinert zu werden. Und so erwuchsen zugleich die Rechtsordnungen aus den Vorkommnissen und Bewegungen eines kosmopolitischen Verkehres, dessen Bedürfnissen mit offenem Verständnisse abgelauscht, wie angepaßt. So daher sind jene Neubildungen nicht allein für das römische Recht von dem entscheidendsten Einflusse geworden, dessen gesammte spätere Entwickelung in der tiefgreifendsten Maaße bestimmend, sondern es haben dieselben geradezu eine welthistorische Bedeutung erlangt: insofern gerade solche Entwickelung nach jener Richtung hin das römische Recht befähigte, den begabtesten Culturvölkern des Mittelalters, wie der Neuzeit das Recht oder den Rechtsstoff zu liefern. Und wenn allerdings erst die nächstfolgende Periode jenen Bau zum Abschluß bringt und in seinen Details vollendet, so hat doch immerhin bereits der gegenwärtige Zeitraum dessen Plan geliefert und dessen Grund errichtet. Denn in der That beruht die Bedeutung der reformatorischen Thätigkeit der gegenwärtigen Periode weniger in der Zahl der neu geschaffenen Rechtsinstitute und Rechtsmittel, als vielmehr in den neuen Gesichtspunkten und Kategorieen, in den neuen Rechts-Anschauungen und -Begriffen, welche im Gefolge jener Neubildungen in das Recht Eingang oder doch, neben den arbitria legitima, eine neue Verwendung gewinnen und hier nun allmählich zu den maaß-

gebenden erhoben werden (Thl. II § 86 fg.). Und ſo nun ſind es die Begriffe von commodum und utilitas (§ 122 a. E.), wie der causa des Erwerbmodus, welche zu Anknüpfungspunkten ganz neuer Doctrinen erhoben werden, während die ſubjective Verſchuldung mit ihren Unterarten von Vorſatz und Fahrläſſigkeit und ihrem Gegenſatze des Zufalles,[1468] und dann wiederum der dolus malus (Argliſt) und die vis,[1469] nicht minder aber auch der Begriff der Bereicherung eine erhöhte Bedeutung für das Vertragsrecht und damit eine völlig veränderte dogmatiſche Stellung im Privatrechte gewinnen. Und dem entſprechend werden durch jene Neubildungen einestheils ganz neue Ordnungen in das Recht hineingetragen, ſo namentlich in der Relevanz der

---

1468) § 112. A. 1579. Dies wirkt auch zurück auf das Delict- und Criminalrecht, ſo Ael. Gall. und Serv. bei Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 7. § 4), und A. 1367.

1469) Wegen der dogmatiſchen Unterſuchungen über den Begriff dolus malus ſ. § 118. — Die Unterſuchungen über die vis erſtrecken ſich zunächſt auf die Frage über das Verhältniß zwiſchen vis und metus: ſo debucirt in dem Proceſſe des Caecina wider den Aebutius Piso als Vertheidiger des Letzteren, daß vis die metus nicht mit inbegreife, während Cic. als Vertheidiger des Erſteren das Gegentheil behauptet: Thl. I, 53. 56., eine Frage mit welcher in Zuſammenhang ſteht der Wechſel des Ausdruckes im Edicte: § 116, wozu vgl. auch A. 195; dann wieder wird die Frage erörtert, welche angewendete Mittel den Thatbeſtand der vis ergeben, ſo Auct. ad Her. III, 2, 3: vis decernitur per exercitus, classis, arma, tormenta, evocationes hominum et alias huius modi res; Sen. Contr. IX, 26, 8 und Exc. Contr.: IX, 3, 3: lex (i. e. edictum Quod met. c.) arma et vincula et ultimum periculum complectitur, ſowie Contr. IX, 28, 6. Exc. Contr. IX, 5, 2: nulla vis est, quae arma, quae pugnam, quae vulnera non habet; nicht minder wird das Requiſit aufgeſtellt, daß der erregte metus tolerabel ſein müſſe: Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 5) u. a. m. Und endlich dann wird der doppelte Begriff von vis geſchieden als Vergewaltigung, welcher maaßgebend iſt z. B. bei a. vi bon. rapt., quod met. c. und interd. unde vi, ſo Latr. bei Sen. Contr. IX, 26, 8: vis est necessitas, ubi, velim nolim, subcumbendum est mihi, und ſpäter Paul. sent. rec. I, 7, 7. ſammt der Definition von metus bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 1); wie andererſeits der weitere Begriff von Eigenmächtigkeit, wie ſolcher maaßgebend iſt bei den interd. retinend. poss. und quod vi aut clam, ſo Qu. Muc. bei Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 1. § 5): vi factum videtur, si quis, contra quam prohibetur, fecerit, und dann Trebat. Cascell. und die Späteren bei Ulp. cit. § 6 fg.; vgl. Keller, Semest. Tull. I, 316. A. 42. Schmidt, Interdict. 50.

Vitiosität der secundären causa, wie hinsichtlich des Kaufes auf Credit, wo, indem mit der Perfection der emtio vend. das periculum der res emta auf den Abkäufer übertragen wird, der Grundsatz zur Geltung kommt, daß die Creditgewährung auf Gefahr des Creditempfängers beschieht; und anderntheils gewinnen auch wieder gewisse Rechtsverhältnisse eine völlig veränderte theoretische Gestaltung und Bedeutung, so namentlich die mora solvendi und die Vereitelung der Solution, an welche nunmehr der Lehrbegriff der perpetuatio obligationis sich anknüpft (A. 1371), während wiederum die pacta praetoria commodati und depositi Veranlassung geben, bei Vereitelung der Solution die Haftung des Debitor an ein verschiedenes Maaß der Verschuldung zu knüpfen (§ 112 a. E.).

Sodann treten aber auch völlig neue und eigenthümliche Tendenzen in der Sphäre jener Neubildungen der aequitas zu Tage, und zwar vor Allem einerseits die Tendenz, die Haftung des Debitor im Falle von dessen Verschuldung zu steigern, was in der Interpretatio des quanti ea res erit als quanti interest sich manifestirt (§ 124 unter 1—4), und andererseits, im directen Gegensatze zu dem XII Tafelrechte, die Tendenz, die Haftung des Debitor beim Fehlen einer Verschuldung zu mindern, was sich manifestirt ebenso in der Rechtsordnung bezüglich der impensae utiles,[1470]) als auch in den Rechtssätzen, daß die casuelle Unmöglichkeit, dem conductor das uti oder frui re licere zu prästiren, singulärer Weise die a. conducti nicht zerstöre, da auch die a. locati intact bleibt (A. 1384), ingleichen daß dem Pächter eines praedium rusticum ein Remiß des Pachtgeldes zukomme, dafern derselbe in Folge von casuellen Ereignissen, die nicht Ergebniß vom Wirken der der Frucht oder dem Boden immanenten Naturgesetze oder nicht durch gewöhnliche Vorgänge des täglichen Lebens herbeigeführt sind, eine außergewöhnlich beträchtliche Schädigung an den noch nicht geernteten Culturfrüchten erleidet (A. 1077), — beides Tendenzen, die auch in der nächsten Periode weiter verfolgt und in anderweiten Beziehungen verwirklicht werden (A. 1750).

1470) Vgl. namentlich Ulp. 31 ad Ed. (D. XIII, 7, 25); sowie bei A. 961 und A. 1049. 1095; dann auch wegen der impensae voluptuariae: Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 3, 3. § 4).

Und dann wiederum tritt die Tendenz hervor, der Subjectivität in Verhältniß oder Handlung des maßgebenden Subjectes Berücksichtigung und Geltung zu verschaffen: ebenso den subjektiven Thatbestand der Verschuldung bei der Vermögensschädigung zur Geltung zu bringen,[1471]) wie auch in Bezug auf den Schadenersatz einestheils dessen abstracte Bemessung zu Gunsten des concreten Maaßes innerhalb des Maaßstabes des pretium rei aufzugeben: das quanto minoris est an Stelle des quanti res est zu setzen, und anderntheils wiederum innerhalb des concreten Maaßes das pretium rei zu Gunsten des Maaßstabes der utilitas aufzugeben: das quanti interest an Stelle des quanto minoris est zu setzen (§ 124), insgesammt Momente, in denen nicht minder der schroffste Contrast zu dem XII Tafelrechte sich ausprägt (§ 77).

Was endlich die Principien der gebundenen und der arbiträren richterlichen Cognition anbetrifft, so tritt hierbei ein durchaus anderer historischer Entwickelungsgang zu Tage, als bezüglich der damni ratio, indem hier die Rechtsentwickelung bestimmt und scharf ausgeprägt die Richtung einschlägt, jenes Princip des rigor, wonach der Richter auf einen rein präjudicialen Bescheid über das nackte Recht- und Unrechthaben beschränkt wird, einfach abzustoßen und zu beseitigen: in seiner Geltung allmählig mehr und mehr zu Gunsten des Prinzipes der aequitas zu beschränken, welches ohne Weiteres eine meritorische Entscheidung dem Richter zuweist. Und indem nach dieser Richtung hin zuerst die lex Aebutia und dann auch die spätere Rechtsbildung eingreifen, so verbleibt am Schlusse dieses Zeitraumes für den rigor als Herrschaftsgebiet nur noch die leg. a. sacramento, wie vereinzelte Anwendungen des agere per sponsionem mere praeiudicialem (§ 108), wobei letzteres überdem in seiner practisch wichtigsten Verwendung für die dingliche Klage noch durch die Concurrenz der formula petitoria ganz bedeutend beschränkt war.

Und zwar war solcher historische Verlauf innerhalb der Sphäre dieses Principes ganz unmittelbar indicirt, ja bedingt durch die Entwickelung, welche die voluntatis, wie die damni ratio im Rechte gewinnen: denn indem beide Principien in Folge ihrer Wesen-

1471) Am Anschaulichsten ergiebt dies der Gegensatz zwischen dem ädilicischen Edicte und den bon. fid. a. bezüglich der reticentia: § 112.

eigenthümlichkeit in weitgreifendem Maaße der Individualität der concreten Verhältniſſe Rechnung tragen (S. 261 und bei A. 1471), ſo drängt dieſer Sachverhalt ganz ohne Weiteres dazu hin, auch der ſubjectiven Auffaſſung des Richters bezüglich der individuellen Beſonderheiten des concreten Falles einen viel weiteren Spielraum zu gewähren, als ſolches Seitens des rigor beſchah.

§ 124.

Fortſetzung.

Der Maaßſtab für Bemeſſung von Schaden, wie Bereicherung.

Die der aequitas angehörigen Klaggebilde des gegenwärtigen Zeitraumes ſchließen rückſichtlich der Art und Weiſe von Fixirung des Schadenerſatzes durchaus an die arbitria legitima ſich an (§ 102): der Schadenerſatz wird nicht nach abſtractem, ſondern nach concretem Maaßſtabe bemeſſen, wobei ſolche Würdigung auf den Zeitpunkt, wie Ort der eingetretenen Vermögensſchädigung ſich richtet (§ 72 unter B 1. C). Denn Alles das, was bei jenen Klagen der Methode des rigor folgt (bei A. 1326), iſt nicht Schadenerſatz, ſondern poena, die zu jenem hinzutritt.

Allein im Uebrigen bahnt in dem gegenwärtigen Zeitraume eine höchſt folgenreiche Reform ſich an in der Aufnahme eines neuen Maaßſtabes für Bemeſſung des Vermögensſchadens, womit dem pretium rei oder dem Marktpreiſe des betreffenden Objectes, als dem im XII Tafelrechte alleinig anerkannten Maaßſtabe (§ 77. 102), die utilitas oder das Intereſſe des von der Schädigung betroffenen Subjectes ſubſtituirt wird.

Im Allgemeinen aber ſteht in dem Formularproceſſe ſolcher Maaßſtab in unmittelbarſter Abhängigkeit von der Conception der jurisdictionellen incerti condemnatio, von deren ſechs verſchiedenen Grundformen für die obige Frage jedoch nur fünf hier in Betracht kommen.[1472]) Und zwar ſind dies die in § 71 unter

1472) Ganz außer Betracht verbleibt die condemnatio auf In quantum eb eam rem bonum et aequum tibi videbitur, — condemnato, da dieſe auf Fixirung nicht eines Schadenerſatzes, ſondern lediglich einer Geldſtrafe ſich richtet: A. 1490.

BI 3—6 und II im Einzelnen nachgewieſenen drei Formulirungen auf Quanti ea res erit oder fuerit, tantam pecuniam — condemnato ſammt deren Nebenform auf Quanto minoris ea res, quum veniret, fuerit, tantam pecuniam — condemnato, ſowie auf Quanti Auli Agerii interfuerit, tantam pecuniam — condemnato; dann viertens nach § 107. 109 und Beil. XIX § I unter 3 die Formel (quidquid parret — — dare facere oportere reſp. ex fide bona) Eius — condemnato; endlich die in § 71 unter B I 1. 2 nachgewieſene Form (quanta pecunia oder dergl. — —) Tantam pecuniam — condemnato. Und zwar ſind, was das Hiſtoriſche betrifft, von dieſen fünf Conceptionen die älteſten einerſeits die Formel Quanti ea res erit oder fuerit, tantam pecuniam — condemnato ſammt ihrer obbezeichneten Nebenform, welche bereits bei der a. redhibitoria und quanto minoris des ädiliciſchen Edictes, wie bei cond. triticaria ſammt a. leg. Aquiliae ſich vorfindet, und andrerſeits die Formel Eius — condemnato, welche der a. ex stipulatu (§ 107), der bon. fid. a. (§ 109) und der incerti condictio (Beil. XXI § 1 unter 3), obwohl hier mit Ausnahme der a. leg. Aquiliae (A. 773 fg.), angehört.

I. Was nun zunächſt die beiden erſten Grundformen betrifft, ſo unterſcheidet denſelben entſprechend die civilrechtliche Terminologie, wie in § 71 dargelegt, vor Allem zwiſchen dem quanti res est, als der Aeſtimation, welche Platz greift im Falle des totalen Verluſtes, ſo z. B.

Marcell. 8 Dig. (D. XII, 3, 8): tutor rem adulti, quam possidet, restituere ei non vult; quaero utrum quanti res est an quanti in litem iuratum fuerit condemnari debet? und in den bei A. 764 gegebenen Citaten;

und zwiſchen dem quanto minoris est, als der Aeſtimation im Falle des quotalen Verluſtes, ſo z. B.

Nerat. bei Ulp. 23 ad Ed. (D. XI, 3, 9. § 3): tanti condemnandum corruptorem, quanti servus ob id, quod corruptus sit, minoris sit;

Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. pr.): qui pecus morbosum — — vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex emto actione praestiturum quanto minoris essem emturus, si id ita esse sciissem;

Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 1); 62 ad Ed (D. XLII, 5, 9. § 6): in hoc condemnabitur, quanto minus propter hoc perceptum est; 80 ad Ed (D. XXI, 1, 61);

womit ſynonym auch quanti oder quod interest vereinzelt auftritt, ſo

Jul. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 14): quod interest quadruplari solum, et ideo eum, qui ex causa fideicommissi XL debebat, si CCC promiserat per vim et solverit, CCLX quadruplum consecuturum;

Gai. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 28): si venditor de his, quae edicto aedilium continentur, non caveat, pollicentur adversus eum (ad) redhibendum iudicium intra duos menses vel quanti emtoris intersit intra sex menses;

Pap. 12 Quaest. (D. XLVII, 2, 80. § 2) ſ. § 142 unter IVa.

Jener nämliche Begriffsunterſchied aber, welchen ſo die Rechtstheorie zwiſchen dem quanti res est und dem quanto minoris est ſtatuirt, iſt es, der in jener jurisdictionellen condemnatio von quanti ea res erit und quanto minoris ea res fuerit ausgeprägt iſt, wie dies die entſprechend gegenſätzliche Richtung der a. redhibitoria und quanti minoris ohne Weiteres ergiebt (§ 71. 74).

Der Maaßſtab nun für Bemeſſung des Schadens oder Verluſtes, welcher dem quanti res est, wie dem quanto minoris est dem Wortſinne nach unterliegt, iſt, wie in § 71 feſtgeſtellt, das pretium rei, als der Marktpreis des Objectes, ſo daß daher diesfalls der Vermögensſchaden durchaus nur in ſeiner Einwirkung auf das betreffende Object ſelbſt in's Auge gefaßt iſt, nicht aber in ſeiner Beziehung zu dem Vermögen in ſeiner Geſammtheit in Betracht gezogen, wie auch nach dem durchaus objectiven Maaßſtabe des Marktpreiſes abgeſchätzt, nicht aber in ſeinem Einfluſſe auf die individuellen Vermögensintereſſen des betroffenen Subjectes in Anſchlag gebracht wird. Und dieſer Maaßſtab nun iſt es auch, der von der älteren Zeit mit dem jurisdictionellen quanti ea res erit und quanto minoris ea res fuerit in Wirklichkeit verbunden wird. Denn dieſe Thatſache ergiebt ſich insbeſondere aus dem doppelten Momente, daß bezüglich der auf quanti ea res erit formulirenden, in § 71 unter B Ib verzeichneten Klagen einmal in der älteren Jurisprudenz jene Auffaſſung da ſich findet, wo die

ſpätere Zeit derſelben eine andere Auffaſſung ſubſtituirt,[1473]) nämlich bei

a. actio damni iniuria dati (bei A. 773): J. Just. IV, 3, 10 im Gegenſatze zu der unter 1 darzulegenden jüngeren Theorie;

b. actio de servo corrupto (§ 71 unter B I 4): Nerat. bei Ulp. 23 ad Ed. (D. XI, 3, 9. § 3) cit. im Gegenſatze zu § 142 unter I n;

c. iudicium secutorium aus interd. uti possidetis (bei A. 772): Serv. bei Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 17, 3. § 11) im Gegenſatze zu § 142 unter I m aa;

d. iudicium secutorium aus interd. unde vi (bei A. 772), wo auf jene ältere Auffaſſung hindeutet Pomp. bei Paul. 17 ad. Ed. (D. XLIII, 16, 6) im Gegenſatze zu § 142 unter I m bb;

und nicht minder ſodann, daß bezüglich gewiſſer Klagen jene Auffaſſung des quanti und reſp. quanto minoris res est ſingulärer Weiſe auch von der ſpäteren Jurisprudenz noch aufrecht erhalten wird, nämlich bei

e. cond. tritic. auf certa res,[1474]) ausgenommen theils die cond. ob caus. und ex lege repetundarum wider den dritten Beſitzer, da beide überhaupt gar nicht Schäden-, ſondern Bereicherungsklagen ſind und auf id quod pervenit ſich richten (§ 120. 121), theils insbeſondere die cond. furtiva und a. rer. amot., welche in pönaler Steigerung auf quanti interest gehen (§ 81 unter III), theils endlich die a. de eo quod certo loco (§ 142 unter I b), da in ſolcher die condictio ganz weſentlich modificirt iſt (§ 119):

Cass. bei Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 3, 4): si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, — — tanti litem aestimandam, quanti fuisset eo die, quo dari debuit;

Marcell. 20 Dig. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3): habendam aestimationem, quanto deterior res facta sit;

1473) Vgl. Savigny. Syſt. V, 443 fg.

1474) Vgl. Mommſen, Beitr. II, 86 fg. 91 fg. und die daſ. Citirten, ſowie Götz, de cond. doctr. I, 42. — Wegen Ulp. 17 ad Sab. (D. XLV, 1, 114) ſ. A. 1439.

Marcian. 4 Reg. (D. XII, 3, 5. § 4): interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est, veluti si promissor Stichi moram fecerit et Stichus decesserit, quia iudex aestimare sine relatione iurisiurandi non potest rem, quae non extat;

Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1): in stipulatione, si post moram res interierit, aestimatio eius praestatur;

vgl. Sabin. bei Jul. 4 ex Min. (D. XII, 1, 22); Cels. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3); Pap. 28 Quaest. (D. XLVI, 3, 95. § 1); Paul. 18 ad Ed. (D. XII, 2, 30. § 1), ſowie Ulp. 3 de Adult. (D. XLVIII, 5, 27. § 15, 16) und dazu Marc. 1 de Jud. publ. (D. cit. 25);

und ſo nun insbeſondere auch bei a. legati per damnationem, welche in der nächſtfolgenden Periode zur condictio umgewandelt wird (§ 135):

Capit. bei Lab. 2 Post. (D. XXXII, 1, 30. § 6): aestimare iudicem oportere, quanti aedes sint;

Javol. 4 Epist. (D. XXXV, 2, 61. ſ. A. 765); Jul. 33 Dig. (D. XXX, 1, 82. § 2); Gai. II, 202; Ulp. 21. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 41. § 4. fr. 47. § 3); Paul. 3 Reg. (D. XXX, 1, 33); Marc. 6. 8 Inst. (D. XXX, 1, 112. § 1. fr. 114. § 5);

f. form. petit. in gewiſſen vereinzelten Beziehungen: § 80 unter B;

g. a. redhibitoria: Ulp. 1 ad Ed. aed. und Jul. daſ. (D. XXI, 1, 29. § 2. fr. 31. pr.);

h. a. adversus eum, qui ius dicenti non obtemperaverit: Ulp. 1 ad Ed. (D. II, 3, 1. § 4);

i. a. adversus eum, qui hominem mortuum in locum purum alterius intulisse dicetur: Gai. 19 ad Ed. prov. (D. IX, 7, 7. pr.);

k. a. adversus creditorem in possessionem praedii missum, qui neque locaverit fructum, neque vendiderit: Ulp. 62 ad Ed. (D. XLII, 5, 9. § 6);

l. a. furti ope, consilio facti (A. 769): Ulp. 51 ad Sab. (D. L, 16, 179);

a. m. adversus eum, qui se liberum sciens dolo malo passus est se pro servo venumdari: § 71 unter B 14;

n. a. damni in turba dati: Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 4. § 11);

o. a. quod. met. c. wider den Delinquenten ſelbſt: Jul. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 14. wozu vgl. das Obbemerkte); Ulp. l. c. (D. cit. 14. § 7. vgl. § 1); Paul. 11 ad Ed. (D. cit. 21. § 2), während wider den dritten Beſitzer dieſelbe Bereicherungsklage iſt (A. 927);

p. a. falsi leg. Corneliae: A. 880;

q. a. ex cap. IX leg. Juliae de adult. de damno quaestione servi accusati iniuria dato: A. 880;

r. endlich bei der anomal geförmelten a. ex stipulatu aus cautio iudicio sisti in dem in § 115 unter b dargelegten Falle: Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 8, 2. § 5. ſ. A. 765).

II. Was ſodann die condemnatio auf Eius—condemnato betrifft, ſo liegt auch dieſer, gleich jener erſteren, ebenſo die Richtung auf Schadenerſatz inne,[1475]) wie auch das pretium rei als Maaßſtab zu Grunde. Und zwar erhellt dieſe letztere Thatſache zunächſt bezüglich der a. ex stipulatu aus der Conception der stipulationes praetoriae, iudiciales und communes, die, dafern auf incertum geſtellt, von Alters her und normaler Weiſe auf quanti ea res est oder erit concipiren und nur ganz ausnahmeweiſe die Formulirung auf quanti interest annehmen (§ 71 unter A), ſonach aber durch jene Conception der entſprechenden Klage ohne Weiteres die Richtung auf das quanti ea res est zuweiſen. Und dementſprechend wird endlich die Richtung auf das pretium rei oder das quanti res est in ſolchem Sinne auch von der ſpäteren Jurisprudenz noch der a. ex stipulatu aus gewiſſen stipulationes praetoriae beigelegt, und ſo

a. aus cautio de opere restituendo: Ulp. 28 ad Ed. (D. XXXIX, 1, 21. § 7. vgl. § 4);

b. aus stipulatio iudicatum solvi: Ulp. 14 ad Ed. (D. XLVI, 7, 9); vgl. Keller, Civ. Pr. A. 663;

1475) Sex. Ael. Paet. Cat. und Liv. Drus. bei Cels. 8 Dig. (D. XIX, 1, 38. § 1): per arbitrium (sc. actionem ex empt. vend.) indemnitatem posse servari; Cic. de Off. III, 16, 66: index (sc. actionis ex emto vend.) ita pronuntiavit: „ — — emtori damnum praestari oportere.“

c. aus cautio de conferendis bonis: Ulp. 79 ad Ed. (D. XXXVII, 6, 5. § 3);

d. aus stipulatio ad exemplum emptae et venditae hereditatis: Gai. 2 Fideic. (D. XXXVI, 1, 63. § 1).

Und gleicher Maaßſtab des quanti res est iſt hieraus, wie aus I e auch zu entnehmen bezüglich der incerti condictio.

Dahingegen wird zwar der Maaßſtab des pretium rei, jedoch nicht der Anſatz des vollen pretium, ſomit das quanti res est, als vielmehr lediglich der Preisdifferenz: das quanto minoris est von Vorn herein der bon. fid. a. untergelegt, wie ſich vor Allem aus Plaut. Pseud. IV, 7, 87. 124 fg. 131 fg. ergiebt,[1476] inſofern hiernach bei verſchuldeter Vereitelung der Solution des Kaufobjectes die a. ex empto vendito auf den Betrag des Kaufpreiſes ſich richtet, ſomit alſo, da der Kaufpreis normaler Weiſe dem Marktpreiſe entſpricht, auf den Letzteren d. i. das quanto minoris est, welches hier auf das geſammte pretium anſteigt (A. 814). Und ſolcher Maaßſtab des quanto minoris est wird nun auch von der ſpäteren Jurisprudenz noch in gewiſſen Fällen feſtgehalten,[1477] nämlich für

e. bon. fid. a. wegen culpoſer reticentia: § 87 unter III;

f. a. ex empto vend., dafern dem venditor das Kaufobject confiscirt worden iſt: § 89 unter A 2 b;

g. a. ex locato cond., dafern der locator durch Zufall an der Präſtation des re frui oder uti licere behindert iſt: § 89 unter A 2 c;

1476) Vgl. Voigt, Cond. ob. caus. 252 fg.

1477) Vgl. § 80 unter A 2. Dagegen bei Jul. in Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 5): quum Ter. Victor decessisset relicto herede fratre suo et res quasdam ex hereditate — — Vellicus quidam subtraxisset, quibus subtractis facile, quasi minimo valeret hereditas, ut sibi ea venderetur, persuasit, an venditi iudicio teneri possit? — — competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent, wo ſomit die bon. fid. a. als a. de dolo in Frage ſteht, iſt das quanto pluris res esset, si dolus non adhibitus esset, ſomit die Beſchränkung auf das quanto minoris est ſicher nicht mehr der Theorie dieſer Zeit entſprechend. Wegen Ulp. 41 ad Sab. (D. XLVII. 2, 27) ſ. A. 755. — Dem quanto minoris est bei der bon. fid. a. im Gegenſatze zu dem quanti res est bei a. ex stipul. und incert. cond. liegt unverkennbar das Motiv unter, dort die Vereinbarung über Solution des urſprünglichen Debitum zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil zu befördern; vgl. § 114 a. E.

h. a. ex locato cond. e lege Rhodia: § 80 unter A 2 d.

III. Nicht minder der condemnatio auf (quanta pecunia — —) Tantam pecuniam — condemnato wird ebenfalls noch in der Kaiſerzeit die Bedeutung des quanti res est bei gewiſſen Klagen untergelegt, und ſo zwar bei

a. actiones furti manifesti und nec manifesti rei ipsius von

Jav. 4 Ep. (D. XLVII, 2, 74): aestimari debet domino — duplo, quanti ea mulier fuerit;

Ulp. 37 ad Ed. (D. XLVII, 2, 50. pr.): in furti actione non quod interest quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium;[1478] und ebendaſ. (D. cit. 52. § 29); 38 ad Ed. (D. L, 16, 193): haec verba: „Quanti eam rem paret esse" non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur; 51 ad Sab. (D. L, 16, 179) „Quanti eam rem esse paret" — placet veram rei, aestimationem fieri (ſ. A. 765);

b. a. de rationibus distrahendis: Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 20); Paul. sent. rec. II, 30, 1;

c. a. vi bonor. raptorum: Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 2. § 13 ſ. A. 765);

d. a. de pecunia calumniae causa accepta: Ulp. 10 ad Ed. (D. III, 6, 1. pr.).

IV. Endlich wird die Richtung auf das pretium rei ebenfalls noch von der ſpäteren Rechtstheorie gewiſſer Klagen mit extraordinaria cognitio untergelegt, und ſo zwar der

a. actio fideicommissi[1479] von Jul. 39 Dig. (D. XXXVI, 1,

1478) Vgl. A. 765. Die Auffaſſung dieſer Stelle bei Savigny, Syſt. V, 452 entſpricht nicht den Worten Ulpian's; und ebenſo iſt deſſen Auffaſſung (S. 448) von Ulp. cit. (D. cit. 52. § 29) irrig, daß hier das Intereſſe zu Grunde gelegt ſei: denn die dem Sclaven ausgeſetzte Erbſchaft fällt unter die omnis causa, ſo daß, wie bereits Puchta, Pand. § 224 e bemerkt, hier im Gegentheil das pretium rei zu Grunde liegt. — Wegen der entgegengeſetzten Lehrmeinung ſ. bei A. 1756.

1479) Irrig iſt Mommſen, Beitr. II, 88. Dagegen im Falle der mora solvendi gewinnt die obige Klage, gleich der trit. cond. aus legat. per damnat. und sinendi modo (§ 142 unter I a), die Richtung auf id quod interest: § 136 a. E.

25. § 2): heredes eius pretium praestare debebunt, ne factum cuiusquam alteri damnum afferat;

b. Klage auf Expropriation eines Nothweges zu einem sepulcrum: Ulp. 25 ad Ed. (D. XI, 7, 12. pr.).

Im Gegenſatze nun zu jenem von Alters her überlieferten Maaßſtabe des Schadenerſatzes: des pretium rei, tritt am Ausgange der gegenwärtigen Periode die Tendenz zu Tage, an Stelle des pretium rei die utilitas oder das Intereſſe des Verletzten zu ſetzen, eine Tendenz, die in zwiefacher Modalität ſich ausprägt.

Und zwar zuvörderſt gelangt in vereinzelten Punkten die Doctrin zur Geltung, daß den condemnationes auf Quanti ea res erit oder fuerit, tantam pecuniam — condemnato und auf Eius — condemnato der reale Werth der Quanti Auli Ag. interfuerit, tantam pecuniam condemnato beizumeſſen d. h. der Maaßſtab der utilitas (§ 71) unterzulegen ſei. Dieſe Doctrin ſelbſt wird wiederum beeinflußt durch einen doppelten Moment: theils nämlich durch die Maxime, auf ſolchem Wege eine pönale Steigerung der der betreffenden Klage unterliegenden Haftung für Delict oder delictsähnliches Verhalten zu gewinnen. Und dies nun tritt zu Tage, indem jene Theorie in Anwendung gebracht wird bei

1. a. leg. Aquiliae: J. Just. IV, 3, 10: illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit non solum peremti corporis aestimationem habendam esse, — — sed eo amplius quidquid praeterea peremto eo corpore damni nobis allatum fuerit, veluti si — ex quadriga equorum unum occiderit, — non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt (ſ. S. 289), wozu vgl. Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 21. § 2); Paul. 22 ad Ed. (D. IX, 2, 22. pr.), 9 ad Sab. (D. XLVII, 2, 32. § 1),

eine Operation, wodurch, indem an Stelle des Schadens an der läbirten res der am Vermögen in ſeiner Totalität erlittene Schaden geſetzt wird, zugleich dem pretium rei das Intereſſe des Betroffenen als Maaßſtab des Schadenerſatzes ſubſtituirt wird (§ 71);

2. a. de dolo: Trebat. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 4): de dolo dandum indicium, — ut tantum actor consequatur, quanti eius interfuerit id non esse factum; vgl. Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 11. pr.);

3. bon. fid. a. wegen doloſer reticentia: Trebat. bei Marcian. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45), Serv. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 1);

ſowie die a. ex loc. cond., dafern der locator dolos die Präſtation des re frui oder uti licere vereitelt: Alf. 3 Dig. (D. XIX, 2, 39. pr. § 1 vgl. 27. pr.).

Und ſodann wird jene Theorie beſtimmt durch den Sachverhalt, daß ein facere das Object der Obligation bildet und für ſolches nun vielfach ein Marktpreis überhaupt nicht gegeben iſt. Und wie nun diesfalls bei der Verlöbniß-Stipulation das latiniſche Recht bereits den Maaßſtab des id quod interest adoptirt hatte,[1480] ſo nun hat zweifelsohne auch das römiſche Recht bereits während des gegenwärtigen Zeitraumes ſolchen Maaßſtab entlehnt

4. für die incerti condictio und a. ex stipulatu aus Obligation auf facere, für welche derſelbe nun auch bereits bekundet wird hier von Proc. 2 Epist. (D. XLV, 1, 113. § 1), dort von demſ. bei Pomp. 15 ad Qu. Muc. (D. XLV, 1, 112. § 1).

Nicht minder gelangt jene Doctrin aber auch zur Geltung darin, daß bereits zu Ausgang des gegenwärtigen Zeitraumes honorariſche Klagen geſchaffen werden, denen direct die obbezeichnete condemnatio Quanti Auli Ag. interfuerit, tantam pecuniam — condemnato verliehen wird, nämlich die

a. adversus eum qui dolo malo fecerit, quo minus quis in iudicio sistat: Ofil. bei Paul. 6 ad Ed. (D. II, 11, 2);

b. si mensor falsum modum dixerit: Veteres bei Ulp. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 1. pr.);

Für ſolchen Wechſel aber des Maaßſtabes für Bemeſſung des Schadens iſt die Veranlaſſung gegeben in gewiſſen dem Maaßſtabe des pretium rei anhaftenden Unvollkommenheiten (§ 104), die, in dem gegenwärtigen Zeitraume fühlbar hervortretend, bei dem Maaßſtabe der utilitas hinwegfallen: es iſt dieſer letztere ebenſowohl bei allen Gütern anwendbar, wie auch derſelbe der Individualität des concreten Falles in der vollkommenſten Maaße Rechnung trägt, inſofern die utilitas auf durchaus ſubjective, wie individuelle Factoren ſich ſtützt: ebenſo iſt dieſer Maaßſtab an ſich

1480) Serv. de Dot. bei Gell. IV, 2.

rein in der Individualität des Verletzten belegen (§ 71), wie auch die Größe, mit welcher hierbei operirt wird: das Intereſſe exiſtentiell, wie graduell durch Factoren beſtimmt wird, die in den ſubjectiven Verhältniſſen des Verletzten gegeben ſind. Denn wenn auch ſolcher Subjectivität gewiſſe Schranken geſetzt werden (§ 74) ſo verbleibt doch noch ein weiter Spielraum für deren Einfluß und Entfaltung (§ 72), inſofern ja das Intereſſe beſtimmt wird ebenſo durch die geſammten, den Betroffenen jeweilig umgebenden äußeren Verhältniſſe, wie durch die jeweilig maaßgebenden individuellen Zwecke deſſelben, und nicht minder wieder ebenſo durch die äußeren Verbindungen einzelner Sachen mit einander, welche der Betroffene jeweilig vorgenommen hatte, wie durch die pecuniären Beziehungen, in denen die in der Hand Eines Beſitzers vereinigten mehreren Güter unter und zu einander ſtehen und welche ſo nun für den indirecten Schaden maaßgebend ſind.

Allein andrerſeits ſtehen wiederum jenen Vorzügen ſolchen Maaßſtabes gewiſſe demſelben inliegende Mängel gegenüber, und zwar vor Allem inſofern, als ſeine Anwendung eine complicirte thatbeſtändliche Unterſuchung vorausſetzt, bei welcher überdem nicht einmal die Gewißheit eines objectiv wahren Ergebniſſes geboten iſt: denn, indem der Cognoscirende, um mit voller Sicherheit zu calculiren, von den individuellen äußeren, wie inneren Verhältniſſen und Beziehungen des Geſchädigten Kenntniß nehmen und gewiſſermaßen in die geſammte Individualitätsſphäre des Betroffenen ſich hineinverſetzen muß, ſo wird damit demſelben eine Aufgabe geſtellt, deren exacte Löſung vielfach ebenſo für den Richter, wie auch für den Kläger bezüglich der von demſelben etwa herbeizuſchaffenden Unterlagen äußerſt ſchwierig iſt,[1481]) ein Moment deſſen Bedenklichkeit noch dadurch ſich ſteigert, daß das quanti interest das Product eines Rechenexempels iſt, welches, indem die Summe des unverletzten Intereſſes den Minuendus und die Summe des verletzten Intereſſes den Subtrahendus ergiebt, für einen doppelten Zeitpunkt jene complicirte Eruirung der Summe des Intereſſe erfordert. Und endlich während ſolcher Maaßſtab des Schadenerſatzes den Intereſſen des Geſchädigten in vollem Um-

1481) Venul. 8 Act. (D. XLVI, 5, 11): plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque interait et ad exiguam summam deducitur.

fange Rechnung trägt (§ 72), ſo bedroht derſelbe inſofern di Intereſſen des Erſatzpflichtigen, als der Vermögensnachtheil, de denſelben in Folge der Schädigung treffen kann, in ſeinem Betrag von Vorn herein ganz unberechenbar iſt und in concreto außer allem Verhältniſſe zu dem Marktpreiſe des betreffenden Objects ſtehen kann: [1482]) denn es tritt in jenem Maaßſtabe an die Stell des nationalöconomiſchen das individuell wirthſchaftliche Geſet und Werthverhältniß.

Was endlich die Bereicherung betrifft, ſo wird ſolche in de gegenwärtigen Periode durchgehends als id quod pervenit au gefaßt d. h. als Betrag des bezüglichen Vermögenserwerbe ſchlechthin bemeſſen (bei A. 918) und ſo zwar ebenſo in dem ädili ciſchen Edicte: sive quid ex ea re fructus pervenit ad emptorem (§ 110 unter D a 2), wie bei der cond. ob caus. und ex lege repe tundarum, und bei der a. de in rem verso. [1483])

Im Allgemeinen aber bekunden die unter 1—4 dargelegten Thatſachen und nicht minder der Widerſpruch, welcher zwiſchen der Conception der tritic. cond. ob caus. und ex lege repetund., wie a. quod met. c. auf quanti ea res erit und deren von der Theorie ſtatuirten Richtung auf id quod pervenit obwaltet, die Macht und Freiheit, welche die Interpretatio dieſer Periode wie im Allgemeinen, ſo auch im Beſonderen der Prozeßformel gegenüber bereits errungen hatte (§ 49).

Zweite Periode.

Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien von Beginn der Kaiſerzeit bis Diocletian.

§ 125.

Die hiſtoriſche Stellung im Allgemeinen der Principien.

Die Rechtsentwickelung der gegenwärtigen Periode innerhalb der damni ratio wird beeinflußt von der Tendenz, eine Aus-

1482) Aehnliches hebt bezüglich der Impenſen hervor Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 1, 43. 45. pr.).

1483) S. § 120. 121. Bezüglich der cond. ob caus. und ex lege repet. wurde die obige Ordnung von der nächſten Periode modificirt: § 142.

gleichung der in dem Rechte überlieferten hiſtoriſchen, wie principiellen Gegenſätze herbeizuführen. Und dieſe Tendenz tritt in dreifältiger Richtung zu Tage: hinſichtlich der Ausgleichung der Gegenſätze zwiſchen den lites und den condictiones, ſodann zwiſchen den arbitria legitima und honoraria, wie endlich zwiſchen den bon. fid. und strict. iur. actiones.

Zunächſt nun in Hinſicht auf jene beiden erſten Punkte bewerkſtelligte ſich ſolche Ausgleichung mit Leichtigkeit, ja theilweis ganz von ſelbſt in Folge des Unterganges der leg. a. sacramento in personam, wie per iudicis postulationem.[1484]) Denn nachdem ſo für die noch in Beſtand verbliebenen lites der vorigen Periode, ſo für die a. auctoritatis, für die Klage aus der lex mancipii oder dotis dictio, für die a. legati per damnationem (A. 1168 fg.) die Beſonderheit der Prozeßform beſeitigt und auf dieſelben die Formeln der condictiones übertragen worden waren, ſo gelangte damit in der überlieferten Claſſification der Klagen ohne Weiteres das Eintheilungsglied ſelbſt von lites in Wegfall und es mußten nun jene Klagen ganz von ſelbſt den condictiones ſich einordnen.[1485]) Und hiermit war zugleich auch der Rechtstheorie die Veranlaſſung gegeben, vorhandene civilrechtliche generiſche Verſchiedenheiten zwiſchen jenen alten lites und den condictiones auszugleichen (§ 135).

Hinwiederum die arbitria legitima kommen allmählig außer Gebrauch durch Parallelbildungen verſchiedenſter Beſchaffenheit, ſo die a. leg. Plaetoriae durch die bereits dem Ende der vorigen Periode angehörige a. restitutoria wegen circumscriptio minorum (A. 1630), die a. aquae pluviae arc. und litis aestim. durch formulae in factum conc., die Klage wegen damnum infectum durch die entſprechende stipulatio praetoria, die iudicia divisoria endlich, wie die a. rei uxoriae durch neue Uebertragung der Formel der bon. fid. a., ſo daß damit nun der Gegenſatz zwiſchen den legitima und der honoraria arbitria ſchwindet und an Stelle der letzteren Bezeichnung nunmehr der Ausdruck bon. fid. a. tritt.

1484) Gai. IV, 31 kennt die erſtere gar nicht mehr, die letztere nur noch bei dem arbitrium wegen damnum infectum (A. 1282).

1485) Daß alle dieſe Klagen in der vorigen Periode noch nicht zu den condictiones zählten, ergiebt ſich mit abſoluter Sicherheit theils aus der von jener Zeit aufgeſtellten Claſſification der Klagen: Beil. XX § II, theils aus Cic. p. Qu. Rosc 4, 13 fg.: A. 1445.

Und ſo daher tritt nun mit der gegenwärtigen Periode an die Stelle der früheren Claſſificationen der actiones in ius conceptae in lites, iudicia und arbitria die neue Eintheilung von stricti iuris und bonae fidei iudicia oder actiones,[1486]) deren erſtere nunmehr zugleich die condictiones umfaſſen.

Endlich die Tendenz einer Ausgleichung zwiſchen den stricti iur. und bon. fid. actiones gelangt vornämlich zu Gunſten der aequitas zur Ausprägung, auch hier jedoch lediglich in vereinzelten Punkten und ohne ſomit eine vollſtändige Beſeitigung der überlieferten Verſchiedenheiten zwiſchen Beiden überhaupt nur anzuſtreben (§ 136).

So nun behauptet ſich auch während der gegenwärtigen Periode der Gegenſatz von rigor und aequitas und zwar ebenſo in ſeiner conträren Richtung und insbeſondere in dem Syſteme der poenae temere litigantium (§ 141), als auch in ſeiner rein negativen Richtung gegenüber der aequitas. Denn es bleibt auch jetzt zwiſchen den bezüglichen Klagen das weſentliche Unterſcheidungsmerkmal in Geltung, daß die bon. fid. a., indem ſie ihr allgemeinſtes Normativ in der bona fides findet, mit ihrer Hauptfunction auch die Nebenaufgaben vereinigt, als Schäden-, wie als Bereicherungsklage und als Organ der zweiſeitigen Wahrung collidirender Partei-Intereſſen zu dienen, während die strict. iur. a., abgeſehen von der überlieferten Function der cond. trit. als Schädenklage wegen verſchuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, wie von den nachſtehend zu erwähnenden weiteren Modificationen, ebenſo der bona fides,[1487]) wie ſolchen Nebenaufgaben fern ſteht.

Insbeſondere aber der rigor behauptet ſein Gebiet in der leg. a. sacram. und dem per sponsionem agere in rem, ſowie im großen Ganzen in der condictio. Indeſſen wird dort deſſen Gebiet beſchränkt durch die Concurrenz der formula petit., welche,

---

1486) Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 2), Marc. 14 Reg. (D. XII, 3, 5. pr. § 4), J. Just. IV, 6, 28. Iudicium bon. fid. insbeſondere: Pap. 2. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 1. § 2. fr. 3. § 1). Im Uebrigen ſ. Beil. VII A. 10 fg.

1487) Nur eine Conſequenz dieſes Momentes iſt es, welche ausſpricht Ulp. 2 ad Ed. (D. XLIV, 7, 36): cessat ignominia in condictionibus, quamvis ex famosis causis pendeant.

abgeſehen von der querela inofficiosi testamenti, allenthalben die leg. a. verdrängt, hier dagegen in Folge der hervorgehobenen Tendenz einer Ausgleichung der Gegenſätze und zwar zunächſt ebenſowohl durch die in der Zeit Tiber's auftretende ſabinianiſche Theorie, welche für die Lit. Cont. bei der certi, wie trit. cond. gewiſſe Rechtsordnungen der bon. fid. negotia entlehnte, wie überhaupt die altüberlieferte theoretiſche Stellung der Lit. Cont. im Allgemeinen ganz weſentlich alterirt (§ 139), als auch durch die in der Zeit Auguſt's hervortretende proculianiſche Theorie, welche auf die mora solvendi bei den stricti iur. negotia über certa res oder incertum gewiſſe Folgewirkungen der mora solvendi bei den bon. fid. negotia übertrug (§ 138); und weiterhin dann dadurch, daß die Rechtswiſſenſchaft der ſpäteren Zeit ebenſowohl jene ſabinianiſche, wie dieſe proculianiſche Theorie recipirte. Ueberdem werden, beſtimmt durch jene Tendenz einer Ausgleichung der gegebenen Verſchiedenheiten zwiſchen den stricti iur. und bon. fid. actiones, die Poſtulate der aequitas in verſchiedenen weiteren Punkten auf die erſteren übertragen: in Bezug auf die doloſe Vereitelung der Solution am legalen Leiſtungsorte und in Bezug auf die doloſe Verweigerung der stipulatio simplae vel duplae bei entgeltlichen Veräußerungsgeſchäften, und endlich in beſonders weitgehender Maaße noch in der cond. ob caus., wie den Klagen aus legatum per damnat. und sinendi modo, wie aus Fideicommiß (§ 136). Dagegen gewinnt wiederum der rigor eine Erweiterung ſeiner Sphäre theils durch Vermehrung der den gegebenen Unterarten unterfallenden Sondererſcheinungen, ſo innerhalb der cond. ob caus., wie ex lege, theils auch durch Originärbildungen, ſo der a. legati sinendi modo (Gai. II, 213) und der Klage aus dem Fideicommiß (A. 1676).

Dagegen die aequitas erfährt in noch umfaſſenderer Weiſe eine Gebietserweiterung durch Vermehrung ebenſo der Zahl der bon. fid. actiones, als auch der übrigen Aequitäts-Klagen. Und zwar treten zu den erſteren theils die obbezeichneten arbitria legitima, theils die dem honorariſchen Rechte entlehnten Realcontracte des commodatum und depositum, theils endlich als Originärbildungen die Innominat-Contracte. Dann wieder an die Publiciana rescissoria lehnen ſich an die restitutoriae wegen cap. dem. und wegen dolus malus und vis, während

wieder aus der cond. ex iniusta causa die cond. caus. non sec., finita, ob turp. caus., sine causa, wie furtiva hervorgehen, und nach dem Vorgange der cond. ex lege repetundarum die actiones ex delicto wider den dritten Beſitzer geſchaffen werden. Endlich nach dem Vorbilde der letzteren Klagen tendiren die actiones ex delicto wider den Erben und Repräſentirten des Delinquenten, ſowie gegen den Letzteren ſelbſt nach Ablauf der Verjährungszeit, während der a. de in rem verso ſich annähert die Klage wider den Pupillen und furiosus wegen des von demſelben ohne Concurrenz des Tutor oder Curator abgeſchloſſenen negotium.

Und mit ſolcher extenſiven Ausbildung des Rechtes geht nun Hand in Hand eine ſorgſame und fleißige, geiſtvolle und tiefſinnige, practiſche, wie theoretiſche Durcharbeitung des Rechtsſtoffes, ſo namentlich in der Differentiirung der der überlieferten cond. ex iniusta causa inliegenden ſpecifiſchen Thatbeſtände und deren Specialiſirung zu neuen Unterarten der cond. ob caus., in der Durchbildung ſodann der formula petitoria nach der Richtung des durch das publicianiſche Edict gegebenen Gegenſatzes von bon. und mal. fid. poss. in Bezug auf die Präſtation von fructus, wie auf den Anſpruch wegen Reſtitution von impensae, nicht minder in der Umwandlung der exc. doli mali, vornämlich aber in der Präciſirung und Ergänzung der Normen, wie Functionen der bon. fid. a., in welcher letzteren Beziehung insbeſondere die Verwendbarkeit derſelben als Schädenklage wegen Vereitelung der Solution am legalen Leiſtungsorte und als cond. ob caus., wie die Defenſion wegen error neu conſtituirt wurden.

Bezüglich der aequitas im Allgemeinen aber wird nunmehr auch von der Rechtswiſſenſchaft die von der Volksanſchauung der vorigen Periode vertretene Auffaſſung derſelben als Billigkeit im Allgemeinen (A. 1327) adoptirt, zugleich aber auch nach der anderen Seite hin wiederum eine nähere Beſtimmung des derſelben inliegenden, ſo vielfältigen, wie überreichen ſtofflichen Gehaltes im Dienſte einer exacten wiſſenſchaftlichen Handhabung deſſelben vorgenommen: neben der damni und der voluntatis ratio erkennt die Theorie nunmehr der aequitas auch die Vertretung der sanguinis, wie der arbitrii ratio zu, ſo daß jetzt alle jene Principien, von denen die Rechtsbildung ſelbſt dieſer Zeiten bewegt und gleichwie von machtvollen Strömungen geleitet wird, ihre

Aufnahme in die wiſſenſchaftliche aequitas finden (Thl. I § 65 fg.). Und dieſer Thatſache geht wiederum parallel die dogmatiſche Verbindung der aequitas mit dem ius naturale (Thl. I § 61. 69). So daher vereinigen ſich jetzt in der aequitas mit öconomiſchen und ethiſchen Geſetzen auch das Naturgeſetz der Blutsverwandtſchaft, wie ein jurisdictionelles Geſetz als die den Gehalt von jener beſtimmenden Factoren: als die principiellen Centren, welche das bonum ius (A. 1330) von dem strictum, subtile, perpetuum, summum, merum ius[1488]) unterſcheiden.

Während ſodann einerſeits die fides bona oder nunmehr die

1488) Wegen strictum, subtile ius vgl. A. 1486 und Thl. I § 68. — Jus perpetuum: Paul. 2 Quaest. (D. XIX, 1, 42). — Summum ius iſt das von der aequitas unbeeinflußte Recht, ſomit 1. das Recht nach Maaßgabe der verbi ratio: A. 474 a; 2. das Recht unabhängig von der arbitrii ratio: das ohne Berückſichtigung der concreten Verhältniſſe geltend gemachte Recht (§ 66): Cic. ad Att. XVI, 15, 1: dubitassem —, utrum remissior essem an summo iure contenderem; in Verr. V, 2, 4: non agam tecum summo iure; Quint. Decl. 273: non esse exigendum a sponsore creditum, nisi summo iure. De quo priusquam loquor, etiamnum ea, quae humanitatis et consuetudinis gratia dici solent, non omitto; wie in gleichem Sinne bei Polyb. XXXII, 13, 14: τῶν νόμων ἀκρίβεια, und bei Verg. Georg. II, 50, 1: ferrea iura, wozu vgl. Schol. Bern. in h. l.: inexorabilia, invisa, dura id est inflexibiles leges, quia nihil remittunt; Serv. in h. l.: dura, inexorabilia, immutabilia. Und ſo nun auch das vom ius dicens und iudex, im Gegenſatze zu dem vom arbiter geurtheilten Rechte: carm. Marcian. (vor 542) bei Liv. XXV, 12, 10. Macr. Sat. I, 17, 28: praetor qui ius populo plebeique dabit summum; Cic. p. Quinct. 11, 38: si quid in controversiam veniret, aut intra parietes aut summo iure experiretur, wo intra parietes die compromiſſariſche Auseinanderſetzung bezeichnet. — Merum ius iſt dasjenige Recht, bei welchem der arbiträren richterlichen Cognition kein Spielraum gelaſſen iſt: Thl. I A. 571; und demgemäß erklärt ſich nun die auffällige Sentenz von Pap. 3 Quaest. (D. XXVI, 7, 36): aequitas, quae merum ius compensationis induxit dahin: indem die aequitas die Beachtlichkeit der Compenſation kategoriſch vorſchrieb, ſo ſteht deren Beachtung nicht mehr auf dem Ermeſſen des Richters, ſondern auf merum ius; im Uebrigen vgl. A. 1330, ſowie Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 16 pr.), Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 3, 4. § 27), Tryph. 19 Disp. (D. XXXVII, 4, 20. § 2); vgl. auch Lab. bei Pomp. 32 ad Sab. (D. XLI, 3, 32. § 2), Ulp. 24 ad Sab. (D. XXXIV, 4, 3. § 1), 25 ad Ed. (D. XI, 7, 14. § 13. wozu vgl. fr. 12. § 5). Dann auch wieder Gegenſatz von aequitas naturalis und civilis bei Labeo und von aequitas und utilitas (wozu vgl. § 122) bei Paul. in Thl. I § 77.

bona fides[1489]) in ihrer früheren Stellung als ſubjectives affirmatives Correlat des aequum et bonum belaſſen wurde (A. 1333), ſo wird jetzt nun auch der dolus malus (Argliſt) zu ſolchem negativen Correlate: zum Gegenſatze der bona fides erhoben. Und hierin allenthalben waren denn nun die Prämiſſen gegeben zu jenem ganz merkwürdigen Proceſſe, durch welchen die bon. fid. a. und reſp. die a. ex stipulatu, wie die exc. doli mali zu berufsmäßigen Centralorganen der aequitas in jener ihrer Totalität erhoben werden (§ 132).

Hand in Hand aber mit allen jenen Vorgängen geht die abſtracte Formulirung des Principſatzes ſelbſt der damni ratio: nemo cum damno alterius locupletior fieri debet oder ähnlich (§ 140).

Was endlich die Principien der gebundenen und der arbiträren richterlichen Cognition betrifft, ſo erleiden dieſelben in der gegenwärtigen Periode eine ganz weſentliche Modification ebenſo ihrer hiſtoriſchen Ausprägung, wie ihrer doctrinellen Auffaſſung. Denn während von Vorn herein jene Principien ihre hiſtoriſche Ausprägung in dem Gegenſatze je des präjudicialen und des meritoriſchen Richterurtheiles fanden; während ſodann in der zweiten Hälfte der erſten Periode dieſelben auch wiederum in dem Gegenſatze der certi und incerti condemnatio ſich ausprägten und in ſolcher Kundgebung auch von der Wiſſenſchaft jener Zeiten theoretiſch in das Auge gefaßt wurden; ſo ſtützte nun die Wiſſenſchaft der gegenwärtigen Periode, indem ſie das Princip der gebundenen Cognition dem rigor, das der arbiträren Cognition aber der aequitas auch doctrinell überwies, deren Anerkennung und Ausprägung auf noch andere inſtitutionelle Gegenſätze. Denn jener älteſte Gegenſatz des präjudicialen und meritoriſchen Urtheiles verliert in der gegenwärtigen Periode dadurch ſeine theoretiſche Bedeutung, daß das eine Glied deſſelben: das präjudiciale Urtheil faſt völlig verkümmert, indem es nur bei der dinglichen Klage in der leg. a. sacram. und dem in rem agere per sponsionem noch in Anwendung ſich behauptet, auch hier überdem noch be-

---

1489) Doch findet ſich fides bona noch in lex mun. Malac. c. 55: quisque eorum iurent se rationem suffragiorum fide bona habiturum; Jul. 3 Dig. (D. III, 5, 6. § 4); Afr. 5 Quaest. (D. XXX, 1, 108, § 12).

ſchränkt durch die formula petitoria. Und ſodann wieder jener jüngere Gegenſatz von certi und incerti condemnatio verlor ſeine theoretiſche Bedeutung in Folge des Umſtandes, daß die darauf geſtützte doctrinelle Claſſification logiſch fehlerhaft und in Folge deſſen unklar und ſchwankend, zweifelvoll und damit für die Theorie unbrauchbar war (§ 108). So daher wendete die Wiſſenſchaft der gegenwärtigen Periode einem anderen inſtitutionellen Unterſchiede ihre Aufmerkſamkeit zu, in welchem ſie nun jenen Gegenſatz der obigen beiden Principien ausgeprägt und verwirklicht erkannte: in der Verſchiedenheit nämlich zwiſchen den stricti iuris actiones einerſeits und den bon. fid. und arbitrariae actiones andrerſeits,[1490]) deren bezügliche principielle Differenz darin erkannt ward, daß bei den erſteren das Richterurtheil ein iudicium, bei den letzteren dagegen ein arbitrium war, ſomit eine Entſcheidung, welche in allſeitiger Maaße: nicht nur bezüglich der Nebenpräſtationen, ſondern auch bezüglich der Hauptleiſtung der arbiträren richterlichen Cognition ſich erſchloß, während dort der Richter in ſeiner Entſcheidung bezüglich der Hauptleiſtung durch die Formel gebunden: entweder auf Ver-

---

1490) Vgl. Pap. 2 Quaest. (D. XXII, 1, 3. § 1): in his — iudiciis, quae non sunt arbitraria nec bonae fidei. Zu beiden Claſſen treten endlich auch noch die actiones in bonum et aequum conceptae, Klagen ex delicto vel quasi, bei denen die condemnatio die eigenartige Formulirung annimmt auf In quantum ob eam rem bonum et aequum tibi videbitur, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato, und die nun hierdurch zwar in höchſter Potenz, doch aber wieder nur bezüglich der Bemeſſung der poena auf das richterliche arbitrium geſtellt ſind; vgl. Thl. I § 76 a. E. Es ſind dies im Einzelnen: 1. die honorariſche a. iniuriarum: Mela bei Ulp. 57 ad Ed. (D. XLVII, 10, 17. § 2), Paul. 55 ad Ed. (D. XLVII, 10, 18. pr.), de Conc. act. (D. XLIV, 7, 34. pr.), vgl. Ulp. 57 ad Ed. (D. XLVII, 10, 11. § 1); 2. a. si iudex litem suam fecerit: Gai. 3 Aur. (D. L, 13, 6. Inst. Just. IV, 5. pr.); 3. honorariſche a. sepulcri violati: Edict in Dig. XLVII, 12, 3. pr. Pap. 8 Quaest. (D. XLVII, 12, 10); 4. a. de effusis wegen Körperverletzung des Freien: Edict in Dig. IX, 3, 1. pr. J. Just. IV, 5. § 1., wogegen nicht hierher gehört Ulp. 23 ad Ed. (D. IX, 3, 5. § 5); 5. ädil. a. de damno ab animale dato wegen Körperverletzung des Freien: Edict in Dig. XXI, 1, 42. J. Just. IV, 9, 1. Dagegen halte ich für unberechtigt, jenen Klagen beizuordnen die a. rei uxoriae auf Grund der in Beil. XX § IV aufgeführten Stellen, wie dies irrthümlich in Thl. I A. 568 geſchehen iſt, und die a. funeraria auf Grund von Ulp. 25 ad Ed. (D. XI, 7, 14. § 13).

urtheilung in eine ihm vorgeſchriebene certa pecunia oder auf eine einfache Abſchätzung eines incertum und Verurtheilung in ſolche Schätzungsſumme angewieſen war, und lediglich bezüglich der Nebenleiſtungen oder bezüglich iſolirter Punkte eine arbiträre Cognition ihm zuſtand.[1491]) Und zwar fand dieſer principielle Moment als characteriſtiſche Eigenthümlichkeit der arbitria legitima, wie honoraria bereits in der vorigen Periode eine Würdigung, wie insbeſondere aus Qu. Muc. bei Cic. de Off. III, 17, 70 und aus Cic. Top. 17, 66 zu erſehen iſt, während die gegenwärtige Periode nun denſelben in ſeiner ganzen principiellen Bedeutung ſcharf hervorhob.[1492]) Dagegen die a. arbitraria ward erſt in der gegenwärtigen Zeit nach jenem principiellen Momente gewürdigt und ſo nun der bon. fid. a. coordinirt.[1493])

1491) So z. B. Nebenleiſtung wegen mora bei cond. tritic. oder incerti: § 137 oder wegen eines iſolirten Punctes, wie in § 28 unter B 2. Wegen des obigen Gegenſatzes von arbitrium und iudicium ſ. Beil. VII § 25 fg.

1492) Vgl. namentlich Boeth. in Top. p. 378: in his igitur iudiciis, in quibus additur, ut ex bona fide iudicent id est ubi ita iudices dantur, ut non strictas inter litigantes stipulationes, sed bonam fidem quaerant; Paul. 9 ad Ed. (D. III, 5, 7): tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio: J. Just. IV, 6 30: in bon. fid. — iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat; und im Weiteren Thl. I § 76. Beil. VII § 11.

1493) In der a. arbitraria iſt nicht die iudicatio, als vielmehr die pronuntiatio auf das arbiträre Ermeſſen geſtellt und auch hier nicht, wie bei der bon. fid. a., bezüglich der juriſtiſchen Exiſtenz, als vielmehr nur bezüglich des ökonomiſchen Gehaltes von Haupt-, wie Nebenpräſtation, ſonach nur bezüglich der Frage über Quale und Quantum und über die Modalität der Naturalleiſtung: J. Just. IV, 6, 31: in his actionibus (sc. arbitrariis) — permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat; Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 4. § 1): interdum iudex, qui ex hac actione cognoscit, quum sit arbitraria, absolvere reum debet cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. Quid enim, si ibi vel oblata pecunia actori dicatur vel deposita vel ex facili solvenda? Nonne debebit interdum absolvere? In summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est, wo das cautionem exigere, offerre, deponere, solvere pecuniam insgeſammt Momente ſind, welche in die Sphäre der pronuntiatio fallen; dann wiederum Cels. 3 Dig. (D. VI, 1, 38. pr.): in fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti,

§ 126.

Die bonae fidei actiones.

Die von der vorhergehenden Periode bei Ausbildung der bon. fid. actiones eingeſchlagene zwiefältige Richtung, dieſe Klagen ebenſo ihrer Zahl, wie ihren mannichfachen Functionen nach zu erweitern und mehr und mehr zu erſchöpfen (§ 109), ward von der gegenwärtigen Periode nicht allein verfolgt und zur Gewinnung neuer Ergebniſſe verwerthet, ſondern es tritt daneben auch noch als ſelbſtſtändige Richtung die Tendenz, das den bezüglichen Contracten inliegende volkswirthſchaftliche Element nach Maaßgabe der dafür durch die Nationalanſchauung gegebenen Geſichtspunkte theoretiſch zu präciſiren und zu verwerthen.

Was nun zunächſt jenen erſten Moment betrifft, ſo ward auch jetzt der bereits früher betretene dreifache Weg der Determinirung, der Induction, wie der Reception (§ 109) weiter verfolgt: zunächſt indem man der emtio vend., wie der loc. cond. rei das neue weſentliche Merkmal beilegte, daß das Aequivalent in baar Geld zu beſtehen habe, ſo ſchieden aus deren Sphären einerſeits die permutatio, und andrerſeits das Geſchäft auf do rem, ut alia re uti sive frui mihi liceat ſich aus, ſo daß nun, indem man an deren Klagbarkeit feſthielt, zwei neue ſelbſtſtändige Contracte ſich geſtalteten (A. 1504). Sodann indem man in dem von der Volksanſchauung individualiſirten Geſchäfte der datio rei aestimatae vendendae eine ſpecifiſche Verwandtſchaft mit der emtio vend., locatio cond. rei und operarum, wie mit dem mandatum erkannte, welche auf gewiſſen, als juriſtiſch weſentlich gewürdigten Momenten beruhte,[1494]) ſo ſchuf man auf Grund

---

deinde evincitur; bonus iudex varie ex personis causisque constituet. Endlich wegen des arbitrium iudicis im Allgemeinen vgl. Edict in Dig. IV, 2, 14. § 11. Gai. IV, 163. Ulp. 11. 51 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 4. VI, 1, 68), Paul. 11. 12 ad Ed. (D. IV, 3, 18. pr. IV, 7, 8. pr.), ſowie Beil. VII § 25 fg. Zimmern, Civ. Pr. § 68. A. 1. Im Uebrigen vgl. A. 1571. Thl. I § 76. — Dagegen gehört nicht hierher die a. ex stipulatu, da hier die arbiträre Cognition doch nur auf die Sphäre der doli clausula ſich erſtreckt.

1494) Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. pr.): fuit — dubitatum, quum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestima-

ſolcher Analogie die a. aestimatoria. Und endlich bekleidete man mit der Formel der bon. fid. a. ebenſo gewiſſe arbitria legitima: die iudicia divisoria und rei uxoriae (A. 1337 fg.), wie auch gewiſſe pacta praetoria: das commodatum und depositum. Sodann tritt aber hierzu gegen Ausgang dieſer Periode noch das neue Verfahren der doctrinellen Abſtraction: indem man die in den ſynallagmatiſchen Geſchäften ausgeprägten ſpecifiſchen Verhältniſſe der pecuniären Leiſtungen auf die allgemeineren Proportionen des do ut des, do ut facias, facio ut des und facio ut facias zurückführte, ſo gelangte man damit zu dem Satze, daß alle auf dieſen vier Figuren beruhenden, nicht bereits als contractus anerkannten Pactionen klagbar und zwar mit der für den contractus aestimatorius proponirten bon. fid. a. zu bekleiden ſeien.

Im Beſonderen nun die Umwandelung jener pacta praetoria mit ihrer a. in factum conc. in bon. fid. neg. betreffend, ſo vollzieht ſich dieſer Proceß, wie bemerkt, lediglich bezüglich des commodatum und depositum, wogegen bezüglich des pignus die Verhältniſſe durchaus anders und eigenartig ſich geſtalten: denn während hier der Prätor für das pignus praetorium eine eigene a. in factum conc. proponirte, durch die ſomit jenes ſelbſt zum pactum praetorium erhoben ward,[1496] ſo hatte wiederum die

---

tionem, an ex locato quasi rem vendendam locasse videat, an ex conducto quasi operas conduxissem, an mandati.

1495) Das Edict über dieſe a. pigneraticia in fact. conc. lautet nach Dig. XLII, 5, 9. pr.: si quis, cum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus ceperit, ei, ad quem ea res pertinet, non restituat sive, quod impensae sine dolo malo fecerit, ei non praestabitur sive dolo malo eius deterior causa possessionis facta esse dicetur, de ea re in factum iudicium dabo, und giebt ſomit dem Eigenthümer wider den missus parallel der a. pigneraticia in ius conc. Klage auf Reſtitution der fructus, wie auf Schadenerſatz wegen doloſer Deteriorirung des pignus, dagegen dem missus wider den Eigenthümer parallel der a. pigneraticia contraria Klage auf Reſtitution der impensae sine dolo malo factae. Daß dieſes Edict einer anderen Periode angehört, als das ädiliciſche, ergiebt ſchon der Sprachgebrauch: die Impenſen werden nicht mehr durch accessiones (A. 1360), ſondern als impensae bezeichnet, und nicht minder die Rechtsordnung ſelbſt: die Haftung für Deteriorirung greift nicht wegen jeder Verſchuldung (A. 1365), ſondern nur wegen Dolus Platz (A. 1031), ein Punkt, in welchem andererſeits wiederum die a. pigneraticia in ius conc. abwich: A. 1023.

Interpretatio auf das pignus civile die bon. fid. a. übertragen (A. 1335); und beiderlei Klagen behaupteten nun ebenſo während der gegenwärtigen, wie in der dritten Periode jene von Vorn herein ihnen zugewieſene prärogative Beziehung zu dem betreffenden Rechtsverhältniſſe, ohne daß die eine auf das der anderen unterfallende negotium übertragen worden und ſo mit derſelben in Concurrenz getreten wäre: das pignus praetorium iſt mit Einem Worte niemals zum bon. fid. negotium umgeſtaltet und mit bon. fid. a. verſehen worden, während das pignus civile nie mit a. in factum conc. bekleidet und ſomit niemals zugleich als pactum praetorium behandelt wurde. Dahingegen commodotum, wie depositum waren bereits in der vorigen Periode mit a. in factum conc. bekleidet und ſomit als pacta praetoria klagbar gemacht worden und zwar das erſtere durch das Edict des Prätor Pacuvius Antistius Labeo:

Quod quis utendum dedisse dicetur, de eo iudicium dabo,[1496]

das letztere aber durch das Edict:

1496) Das ed. perpetuum in Dig. XIII, 6, 1. pr. lautet: Quod quis commodasse dicetur, de eo actionem dabo, wozu nun Ulp. 28 ad Ed. (D. cit. § 1) bemerkt: qui edictum concepit (i. e. Salv. Julian.), commodati fecit mentionem, quum Pacuvius utendi fecit mentionem. Ueberdem wird jene ältere Faſſung des Edictes bekundet durch Brut. und Qu. Muc. 16 Jur. civ. bei Gell. VI, 15, 1. 2. Cic. in Verr. II, 18, 46. Tusc. III, 17, 36. Lab. bei Ulp. cit. und 2 Post. a Jav. ep. (D. XXXII, 1, 29. pr.), Marcell. 19 Dig. (D. XLI, 2, 20), Jul. 51 Dig. (D. XIII, 6, 19), Gai. III, 196. 197. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 4), 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. § 2); fr. in J. Just. III, 14, 2; vgl. lex Jul. de adult. v. 737 bei Ulp. 3 de Adult. (D. XLVIII, 5, 27. § 6); Pomp. 21 ad Qu. Muc. (D. XIII, 6, 23), Gai. III, 206.; und ſo auch noch beibehalten von Ulp. 46 ad Sab. (fr. Vat. 269), vgl. 29 ad Sab. (D. XIII, 6, 19. pr.). Das Edict entlehnte jene Faſſung dem vulgären rem utendam rogare, dare, accipere, womit das Volk das Commodat bereits zu einer Zeit bezeichnete, bevor daſſelbe als Rechtsgeſchäft anerkannt war, ſo Plaut. Curc. V, 2, 3 fg. Asin. II, 4, 38 fg. Aul. I, 2, 17 fg. II, 4, 32. 9, 4. Pers. I, 3, 47. Rud. III, 1, 10. Cat. RR. 5, 4. Andererſeits iſt auch der Ausdruck commodare alt: er findet ſich ebenſo bei Plaut. und Cic., bei Ofil. in Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIV, 2, 39. § 1) und in Pomp. 26 ad Sab. (D. XLV, 3, 6), wie bei Lab. cit. Der Urheber jenes Edictes iſt Pacuvius Antistius Labeo, Vater des Labeo: Rudorff, Ed perpet. § 99 A. 1. Ubbelohde, ben. Realcontr. 78. Pernice, Labeo I, 7 fg. Es beziehen ſich auf dieſe a. in factum Qu. Muc. bei Ulp. 28 ad

Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra compraehensae sunt, — — in duplum iudicium dabo.[1497])

Und wie bereits frühzeitig jene pacta praetoria den für die bon. fid. negotia maaßgebenden Geſetzen und theoretiſchen Geſichtspunkten unterſtellt wurden (A. 1026), ſo nun wurde auch auf commodatum und depositum insbeſondere die bon. fid. a. ſelbſt geradezu übertragen.[1498])

Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2 f. Thl. IV, 2. S. 616), und Veteres daſ. (D. cit. § 6. 9) vgl. Treb. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 3) und bei Lab. 2 Post. a Jav. ep. (D. XXXII, 1, 29. pr.), Alf. 5 Dig. a. Paul. ep. (D. XII, 6, 36), 7 Dig. (D. XXXIV, 2, 28), Cascell. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIV, 2, 39. § 1). Im Uebrigen vgl. A. 1497, ſowie Keller, Civ. Pr. A. 365.

1497) Das Edict perpet. in Dig. XVI, 3, 1. § 1 ſchiebt nach sunt noch ein: in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius; allein dies iſt wohl ſpäterer Einſchub: vgl. § 134. Das Edict diente, ebenſo wie das in A. 1496, einzig und allein der zwiefachen a. in factum conc., keineswegs aber der bon. fid. als a. Grundlage: denn eine bon. fid. a. depositi auf duplum gab es überhaupt nicht, ebenſowenig wie eine a. depositi der XII Taf.: A. 860. Auf jene a. in fact. conc. beziehen ſich Trebat. bei Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 41) und bei Paul. 60 ad Ed. (D. cit. 21. § 1), wozu vgl. Thl. IV A. 37, Alf. 2 5 Dig. a. Paul. ep. (D. XVI, 3, 35. XIX, 2, 31), vgl. Treb. bei Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 7), Ofil. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIV, 2, 39. § 1) und bei Pomp. 26 ad Sab. (D. XLV, 3, 6). Dieſe Klage lehnte ſich hiſtoriſch an die a. fiduciae cum amico an (A. 862), woraus theils das duplum, theils die ſo merkwürdige Thatſache ſich erklärt, daß ſie allein eine perpetua honoraria iſt: Nerat. 2 Membr. (D. XVI, 3, 18); denn dies ergiebt, daß eine a. ex deposito delictiſchen Characters jener honorar. Klage nicht vorausging. — Die Anſichten der in A. 253 Citirten, wie von Arndts in Haimerls Vierteljahrſchr. XVII, 8 kommen weniger hier, als vielmehr bei der a fiduciae cum amico in Betracht.

1498) Zeugniſſe für die bon. fid. a. commodati bieten Gai. IV, 47. Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 2), J. Just. IV, 6, 28; für die a. depositi: Gai. IV, 47. 62. Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 28), Paul. 28 ad Ed. (D. XIII, 4, 7. pr.), Tryph. 9 Disp. (D. XVI, 3, 31. § 1), J. Just. cit., wogegen Sen. de ben. VI, 5, 5: formula Si qui apud me pecuniam deposuerit, auf die a. in factum conc. allein: „Si parret — deposuisse" hinweiſt, ſomit alſo die a. in ius conc. noch nicht kannte. Sonach aber ſind beide Klagen wohl durch das edict. perpet. zuerſt proponirt worden.

Was dagegen die Innominatcontracte betrifft, ſo vollzieht ſich deren Ausbildung in vier verſchiedenen Phaſen.[1499])

Zuerſt nämlich wird in der Zeit Auguſt's durch das Edict die von der auctoritas ICtorum präciſirte a. aestimatoria proponirt:

Ulp. 72 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. pr.): actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. — Melius itaque visum est hanc actionem proponi; wozu vgl. J. Just. IV, 6, 28. Theoph. in h. l. tit. Dig. XIX, 3,

welche daher dem Labeo bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIX, 5, 17. § 1) bekannt iſt.

Von hier aus dann in weiterer Entwickelung wird der Stoff jenes Edictes zuvörderſt von der Rechtswiſſenſchaft aufgenommen, vornämlich aber von den Proculianern zur doctrinellen Verallgemeinerung jener Klage verwerthet.

Und zwar operiren Labeo und die älteren Proculianer dabei auf Grund der Begriffsbeſtimmung, daß dem συνάλλαγμα, als der Vereinbarung, welche auf wechſelſeitige Vermögensleiſtung gerichtet iſt, ebenſo der weſentliche zweiſeitige contractus unterfalle (A. 1399), geſchützt ſomit durch die a. ex contractu, als auch jedes andere, weſentlich zweiſeitige negotium,[1500]) daran nun den Lehrſatz knüpfend, daß auf diejenigen ſynallagmatiſchen negotia, denen, um den perfecten Thatbeſtand eines Real- oder Conſenſualcontractes zu ergeben, es in concreto an einem weſentlichen Momente gebricht, die im Uebrigen jedoch nach den wirthſchaftlichen Proportionen eines Contractes ſich ordnen oder die, wie Cels. 3 Dig. (D. XII, 4, 16) ſagt: „pro portione" alicuius contractus sunt, die a. aestimatoria gleich als Supplementar-Klage zu übertragen ſei, während bezüglich aller übrigen ſynallagmatiſchen negotia ſolche Klagbarkeit noch nicht poſtulirt wird:

Cels. 8 Dig. (D. XIX, 5, 2): quum deficiant vulgaria atque

1499) Vgl. hierzu Gans, Oblig. Rt. 179 fg. Danz, R. G. § 152 unter c. Kuntze, Inſt. II, 494 fg. Voigt, Cond. ob Caus. A. 426.

1500) Vgl. Lab. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XIX, 5, 19. pr.): tutius est agere praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus, und dazu Voigt, a. O. 464. Wegen Aristo vgl. den oballegirten Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2).

usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est.

Und ſo wird denn im Beſonderen jene Klage ſtatuirt

bei einem Vertrage, wo es zweifelhaft iſt, ob loc. cond. rei oder operis vorliegt: Lab. bei Pap. 8 Quaest. (D. XIX, 5, 1. § 1);

bei mandatum vendendi unter Ueberlaſſung des Erlöſes als mutuum: Lab. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XIX, 5, 19. pr.); vgl. Nerv. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 1, 11. pr.), ſowie Afr. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 34. pr.) und dazu Schilling, Inſt. § 265 i;

bei Verkauf auf Probe, dafern der Käufer das Object anſtatt zur Probe zu anderem Gebrauche verwendet und dann Diſplicenz ausüben will: Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 5, 20. pr.);

bei ſuſpenſiv bedingtem Kaufe, dafern der Abkäufer den Eintritt der Bedingung vereitelt: Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. XVIII, 1, 50); vgl. § 128;

wohl bei einem Vertrage, wo Miſchung von emtio vend. und locatio cond. vorliegt, worüber vgl.

Jav. 5 ex Post. Lab. (D. XVIII, 1, 79): fundi partem dimidiam ea lege vendidisti, ut emtor alteram partem, quam retinebas, annis X certa pecunia in annos singulos conductam habeat. Labeo et Trebatius negant posse ex vendito agi, ut id, quod convenerit, fiat;

bei pactum manumitto, ut des, wobei mandatum manumittendi zu Grunde liegt: Proc. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 4, 3. § 4); vgl. A. 1510 und Schilling, Inſt. § 324 l; Voigt, Cond. ob caus. 741;

bei Mandat, welches einem für den eigenen Sclaven gehaltenen liber homo ertheilt iſt: Cels. bei Pomp. 11 ad Sab. (D. XIII, 6, 13. § 2);

vgl. Nerat. 1 Resp. (D. XIX, 5, 6); Vivian. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIX, 5, 17. pr.).

Dahingegen wird bei Ermangelung ſolchen proportionalen Verhältniſſes zu einem Contracte dem negotium jene Klage abgeſprochen von

Cels. 3 Dig. (D. XII, 4, 16): dedi tibi pecuniam, ut mihi

Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis est an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum.

Von dieſem Standpunkte der Theorie aus thut nun Aristo, ſomit zur Zeit von Trajan, den weiteren Schritt, daß er, insbeſondere noch dem Cels. entgegentretend, auch bei anderen ſynallagmatiſchen negotia,[1501]) welche nicht „pro portione“ eines Contractes ſind, die a. aestimatoria für zuläſſig erklärte und ſo namentlich bei der permutatio und dem Vertrage do ut facias:

Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2): si in alium (i. e. aliquem) contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem, utputa dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem; wozu vgl. Voigt, a. O. 464.

Auf der anderen Seite treten jedoch jenen proculianiſchen Theorieen die Sabinianer entgegen, indem dieſelben vielmehr an Stelle der a. praescr. verb. entweder eine cond. ob caus. zuſprechen (vgl. A. 1616), derſelben dem entſprechend eine ganz abnorme Anwendbarkeit beimeſſend, ſo Sabin. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIX, 5, 17. § 5), theils aber auch die Contractsklage oder eine gewöhnliche a. in factum zuerkennend, ſo Nerv. und Proc. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 1, 9. § 9. fr. 11. pr.); vgl. Jav. 5 ex Post. Lab. (D. XVIII, 1, 79), Jul. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2).

Und gegenüber ſolcher Schulcontroverſe nahm nun endlich das Edict und zwar noch zur Zeit Trajan's[1502]) dahin Stellung, daß es zwar auf Seiten der Proculianer trat, allein weder in der von Ariſto geforderten weitgreifenden Maaße, noch in der von Lab., Proc. und Cels. vertretenen beſchränkteren Beziehung, als vielmehr in der Maaße, daß es für die permutatio, der Lehrmeinung Ariſto's entſprechend, die a. aestimatoria, bezüglich des

---

1501) Auf dem Fehlen des ſynallagmatiſchen Elementes beruht die Entſcheidung von Arist. bei Pomp. 22 ad Sab. (D. XIX, 5, 16. § 1).

1502) Denn die a. ex permutatione iſt wiederum bereits dem Aristo bekannt, der ſie nach Paul. 5 ad Plaut. (D. XIX, 4, 2) hier als etwas objectiv Sicheres, ſomit der Schulcontroverſe bereits Entrücktes behandelt.

in factum Concipirten modificirt, proponirte,[1503]) demgemäß nun jene Klage in ſolcher Verwendung die beſondere Benennung a. ex permutatione empfing:

J. Just. IV, 6, 28: praescriptis verbis (sc. actio), — quae ex permutatione competit; wozu vgl. tit. Dig. XIX, 4: de rerum permutatione; tit. Cod. IV, 64: de rerum permutatione et de praescriptis verbis actione.

Und zwar lag eine beſondere Veranlaſſung für Proponirung dieſer Klage in einer anderen Schulcontroverſe, welche die Stellung der permutatio zu der emt. vend. betraf. Denn es traten die Proculianer und ſo insbeſondere Nerva und Proculus mit dem Lehrſatze auf, daß die permutatio als ein von der emtio vend. ſpecifiſch verſchiedenes Geſchäft aus derſelben auszuſcheiden und demnach der a. ex empto vend. zu entziehen ſei, wogegen die Sabinianer und ſo namentlich noch Sabinus und Caſſius die altüberlieferte Rechtsordnung (Beil. XXI § XIV unter 2a) vertraten, wonach die permutatio ein indiſtinct der emtio vend. unterfallendes und deren Klage theilhaftes Rechtsgeſchäft war.[1504]) Und indem nun in dieſer Controverſe das honorariſche Edict der proculianiſchen Lehrmeinung beitrat, ſo war damit ohne Weiteres die Nothwendigkeit der Proponirung jenes beſonderen Capitels über die permutatio gegeben, welches deren fernere Klagbarkeit wahrte und ſicher ſtellte.

Die dritte Entwickelungsphaſe wird ſodann markirt durch das edictum perpetuum, ſomit bereits unter Hadrian, welches, die von Arist. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2) aufgeſtellte Lehrmeinung adoptirend, auf alle ſynallagmatiſchen negotia, welche nicht bereits als contractus anerkannt ſind, die a. aestimatoria

---

1503) Uebereinſtimmend erkennt drei verſchiedene Edicte über die a. praescr. verb. an Rudorff, Ed. perp. § 114—116. Auffälliger Weiſe giebt noch Afric. 8 Quaest. (D. XXIII, 3, 50. pr.) die cond. caus. finita ſtatt der a. ex permutatione.

1504) Gai. III, 141 (J. Just. III, 23, 2); Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 1. 1. § 1); der proculianiſchen Lehrmeinung gehören an Arist. bei Ulp. 4 ad Ed. cit. (D. II, 14, 7. § 2) und Ped. bei Paul. 32 ad Ed. (D. XIX, 4, 1. § 3). — Die analoge doctrinelle Operation bezüglich der loc. conductio bezeugt das fr. in J. Just. III, 24, 2. wozu vgl. Gai. III, 144. Ulp. 28 ad Ed. (D. XIX, 5, 17. § 3), Paul. 5 Quaest. (D. cit. 5. § 2).

übertrug, d. h. ſolche Klage im Allgemeinen zuſicherte, ohne jedoch die concreten Formeln für die verſchiedenen Fälle beſonders zu proponiren oder auch nur dieſe Fälle ſelbſt näher zu präciſiren:

Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. pr.): quoties — de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem;

J. Just. IV, 6, 28: bonae fidei sunt hae (sc. actiones): ex emto vendito, — — praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur et ea quae ex permutatione competit;

Theoph. in h. l. praescriptis verbis λεγομένη aestimatoria;

vgl. tit. Dig. XIX, 5: de praescriptis verbis et in factum actionibus; tit. Cod. IV, 64: de rerum permutatione et de praescriptis verbis actione.

Und indem ſomit in Folge dieſes Edictes die a. aestimatoria zur Klaggattung ſich umwandelte, ſo empfing ſolche nun die Gattungsbezeichnung a. praescriptis verbis, während wiederum gleichzeitig jene klagbaren ſynallagmatiſchen negotia nunmehr für ächte contractus erklärt werden von

Jul. 14 Dig. (D. XIX, 5, 3): contractus, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt;

Maurician. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2): esse contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit[1505]).

Und endlich wird nun auf jenes Edikt von Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5) ein umfaſſendes Syſtem der Innominatcontracte geſtützt, welches die bezüglichen Sondererſcheinungen auf die darin ausgeprägten Vermögensproportionen do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des zurückführt und in den erſten drei Grundverhältniſſen die a. praescr. verb. für geboten, in dem Falle des facio ut des dagegen für unſtatthaft erklärt, während von anderer Seite auch letzteren Falles jene Klage gegeben

---

1505) Vgl. Voigt, a. O. 464. Dahingegen klingt die Terminologie des Aristo noch nach bei Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XIX, 5, 22): quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium id est praescript. verb., und Ulp. 42 ad Sab. (D. cit. 15): habet in se negotium aliquid.

wird [1506]). Ueberdem fällt aber in dieſe Zeit noch die ganz excentriſche Verwendung jener Klage auf das precarium [1507]).

Endlich die letzte Epoche in der Entwickelung jener Klage wird durch das Recht der Kaiſer-Conſtitutionen begründet: dieſelben geben der Klage in doppeltem Punkte eine Anwendung außerhalb der Sphäre des Innominatcontractes: theils nämlich auf das eine Reſolutivbedingung ſetzende pactum adiectum [1508]), theils auf die donatio sub modo [1509]).

Was endlich die formula der a. aestimatoria, wie praescr. verb. im Allgemeinen betrifft, ſo ſind dafür drei Momente maaßgebend.

Zunächſt nämlich iſt jene Klage eine bon. fid. a. [1510]), wie dies bezeugt wird von

---

1506) So von Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XIX, 5, 22), Ulp. 42 ad Sab. (D. cit. 15).

1507) Jul. 49 Dig. (D. XLIII, 26, 19. § 2); Ulp. 28 ad Ed. (D. cit. 2. § 2); Paul. sent. rec. V, 6, 10. Daſſelbe wird von Schilling, Inſt. § 328 mm ganz mit Unrecht als Innominatcontract auf do ut facias aufgefaßt, da doch vielmehr alle weſentliche Zweiſeitigkeit mangelt und ſomit daſſelbe ebenſowenig ſynallagmatiſch iſt, wie das Commodat: A. 1522. In Folge deſſen ſchlägt nun hier die a. praescr. verb. die Richtung der cond. caus. dat. ein: auf Reſtitution des praecario datum, während die letztere Klage ganz und gar wegfällt. — Dagegen ordnet ſich dem Innominatcontracte, der permutatio ähnlich, die divisio rei communis unter: Pap. bei Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 2, 20. § 3); Ulp. cit. (D. cit. 18. § 2); Herm. 2 Jur. Ep. (D. II, 14, 45); Diocl. im C. Just. III, 36, 14. 23. III, 38, 7.

1508) Alex. im C. Just. IV, 54, 2. vgl. Paul. 2 ad Ed. (D. XVIII, 5, 6). Möglicherweiſe knüpft ſich dieſes an den gleichen, bereits zu Beginn der bezüglichen Rechtsentwickelung von Lab. und Proc., wenn auch von anderem theoretiſchen Geſichtspunkte aus aufgeſtellten Rechtsſatz an.

1509) Diocl. im C. Just. IV, 64, 6. 8. VIII, 54, 9. 22. vgl. Justin. in Dig. II, 14, 48., eine Stelle, deren Interpolation durch Tribon. ſonach gar keinem Zweifel unterliegen kann: A. 478. Die dogmatiſche Auffaſſung ſelbſt der donatio sub modo wechſelte mehrfach, allein von Sept. Sev. ab ward dieſelbe als reine und ächte donatio, nicht aber als Innominatcontract anerkannt: Voigt, a. O. § 78. Dagegen bei teſtamentariſchem Modus giebt Justin. im Cod. I, 3, 46. § 6 eine cond. ex lege.

1510) Vgl. Schilling, Inſt. 251 o. 325 b. Savigny, Syſt. III, 483. V, 485 A. f. Keller, Civ. Pr. A. 480. Acarias, théorie des contrats innommés 60. 71. Bernice in krit. Vierteljahrſchr. 1868. X, 115. Allerdings wird die a. praescr. verb. in vier Stellen auch condictio genannt; allein bei Jul. 49 Dig. (D. XLIII, 26, 19. § 2): incerti condictione id est praescriptis verbis

Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. pr.): dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem; est enim negotium civile gestum et quidem bona fide, quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus;

Diocl. im C. Just. IV, 64, 2: permutationem re ipsa utpote bona fide constitutam — vicem emtionis obtinere, non est iuris incogniti;

J. Just. IV, 6, 28: bonae fidei sunt (sc. actiones) — praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur et ea, quae ex permutatione competit;

Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 26, 2. § 2): quum quid precario rogatum est, — uti possumus — praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.

Und hiermit nun ſteht in Verbindung, ebenſo daß die bezüglichen Rechtsverhältniſſe den Ordnungen und Satzungen der bon. fid. negotia folgen[1511]), wie auch daß die a. praescr. verbis als civilis a. incerti mehrfach bezeichnet wird[1512]).

---

liegt ſicher ein Verderbniß vor; und zwar iſt nach Maaßgabe von Ulp. und Paul. in A. 1507 citt. für condictione zu ſetzen actione; vgl. Schilling, Inſt. § 325 a, weßhalb auch zu verwerfen iſt die von Pernice a. O. 98 proponirte Streichung von id est praescr. verb., obwohl an ſich eine possessionis cond. causa finita nicht unmöglich iſt: Voigt, a. O. 330. Sodann bei Sev. im C. Just. V, 14, 1 und Alex. daſ. II, 3, 10: utilis est condictio, iſt der Ausdruck ganz unanſtößig: indem die aus der lex mancipii zuſtändige Klage jetzt ächte condictio iſt, ſo wird nun die aus der lex dicta traditioni d. i. dotis dationi zuſtändige Klage als utilis condictio bezeichnet: Voigt, a. O. A. 655; und ſolche Klage iſt nun die a. praescr. verb., da die dotis datio auf die Figur do ut facias zurückgeht. Endlich bei Proc. in Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 4, 3. § 4) iſt das id est condictionem mit Pernice a. O. 101 als Emblem Tribonians oder vielmehr als Gloſſem byzantiniſcher Scholiaſten anzuſehen.

1511) Im Beſonderen ſ. § 80 unter I. A. 1018. 1038. bei A. 1063. 1067. 1068. 1075. 1552. 1556.

1512) Civili intentione incerti agendum est: Ner. 1 Resp. (D. XIX, 5, 6). Civilis a. incerti oder incerta: Pomp. 20 ad Sab. (D. XIX, 5, 16. pr.), Mauric. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2), Ulp. 32 ad Ed. (D. X, 3, 28), Diocl. im C. Just. IV, 64, 6. VIII, 54, 22. Civilis a.: Lab. bei Pap. 8 Quaest. (D. XIX, 5, 1. § 1), Pap. cit. (D. cit. § 2), Jul. bei Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 2), Paul. cit. (D. cit. § 3), sent. rec. V, 6, 10, Ulp. 42 ad Sab. (D. XIX, 5, 15), vgl. Arist. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 2:

Sodann zeichnet ſich jene Klage unter den bon. fid. actiones dadurch aus, daß ihr bereits ipso iure d. h. unabhängig von einem in concreto geſtellten Partei-Antrage eine praescriptio zukommt, analog ſomit wie bei incerti cond. ex stipulatione (Beil. XIX § I unter 3). Und zwar ergiebt ſich dieſe Thatſache ebenſo aus der Bezeichnung an ſich „praescriptis verbis“[1513]), wie ſie auch beſonders bekundet wird von

Alex. im C. Just. II, 4, 6: utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat,

wo zugleich auf dieſen modificirenden Zuſatz zur bon. fid. a. deren Characteriſirung als utilis actio geſtützt iſt.

Und endlich nun nimmt dieſe praescriptio zugleich die demonstratio in ſich auf, wie Alex. cit.: praescriptis verbis rem gestam demonstrat ausdrücklich bezeugt. Und auch hierfür bietet wiederum jene incerti condictio aus der adpromiſſoriſchen sponsio und fideiussio eine naheliegende Parallele, indem die formula dieſer Klage mit Ea res agatur, als dem erſten Theil der praescriptio eröffnet, dann die demonstratio folgen läßt und nun erſt mit der zweiten Hälfte der praescriptio: Cuius rei dies fuit den der intentio voraufgehenden Formeltheil abſchließt. Sind daher nach dieſer Structur die praescripta verba gefördert worden, ſo muß jedoch der Inhalt der praescriptio ſelbſt anders als Cuius rei dies fuit gelautet haben, da dieſe Clauſel für die a. praescr. verb. gar nicht erforderlich, dahingegen aber eine anders lautende Clauſel hier ganz unabweisbar war. Denn die Aufgabe und der Zweck jener praescriptio beſteht überhaupt darin, die a. praescr. verb. von der ohne jenen characteriſtiſchen Formeltheil völlig gleichlautenden incerti cond. caus. dat. zu unterſcheiden[1514]) und ſo

---

civ. obligatio), Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. pr.: negotium civile) und im Allgemeinen Gai. IV, 45. ſowie Keller, Civ. Pr. A. 363. Jncerti actio: Jul. 49 Dig. in A. 1510; incertum iudicium: Diocl. im C. Just. VIII, 54, 9.

1513) Dieſe findet ſich bereits für die a. aestimatoria bei den obcitirten Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. pr.), J. Just. IV, 6, 28 und Theoph. in h. l. und ſpäter dann allgemein für alle Nachbildungen derſelben.

1514) Dieſe Klage lautete nach Beil. XIX A. 13 beiſpielsweiſe quod Aulus Ag. Numerio Neg. pateram auream aestimatam ea lege dedit, ut Numerius Neg. ea distracta pretium ad Aulum Ag. deferret, quidquid parret ob eam rem, qua de agitur, Numerium Neg. Aulo Ag. dare facere

nun dem Richter jeden Zweifel darüber zu benehmen, daß nicht die Rückgabe eines vorgeleiſteten datum, als vielmehr die Solution eines als Gegenleiſtung zu gewährenden dandum in Frage ſtehe und zu entſcheiden ſei. Und deßhalb nun muß in der praescriptio an Stelle jenes cuius rei dies fuit eine die Solution der Gegenleiſtung markirende Clauſel eingetreten ſein, wofür wiederum die praescriptio bei Gai. IV, 131: Ea res agatur de fundo mancipando ein ſehr naheliegendes und vollkommen entſprechendes Vorbild bietet.

Demnach aber formelte z. B. die a. aestimatoria praescr. verb. dahin:

> Ea res agatur (erſter Theil der praescr.), quod Aulus Ag. Numerio Neg. pateram auream aestimatam ea lege dedit, ut Numerius Neg. ea distracta pretium ad Aulum Ag. deferret[1515]) (demonstr.), de pretio deferendo (zweiter Theil der praescr.); quidquid parret ob eam rem Numerium Neg. Aulo Ag. dare facere oportere ex fide bona (intent.)[1516]), eius, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato, si non parret, absolvito.

---

oportere, eius, iudex etc. Genau ſo hätte auch die normal geformelte bon. fid. a. gelautet, nur mit dem Zuſatze ex fide bona. — Wenn Keller, Civ. Pr. § 42 den Grund der ſingulären Formulirung der Klage darin findet, daß dieſelbe eine Menge verſchiedener Rechtsgeſchäfte umfaßte, deren weſentlicher Inhalt anſtatt einer demonstr. mit einer gewiſſen Umſtändlichkeit angegeben werden mußte, ſo liegt hierin ein doppelter Irrthum; denn zur Zeit der Conſtituirung jener Klage war es ein einziges Rechtsgeſchäft, dem dieſelbe diente: die aestimatio; und ſodann nimmt doch die demonstr. den Inhalt ſolchen Rechtsgeſchäftes in der That bei der tritic., wie incerti cond. caus. dat. in ſich auf, denſelben mit ganz der gleichen gewiſſen Umſtändlichkeit verlautbarend.

1515) Paul. sent. rec. II, 4, 4: rem aestimatam tibi dedero, ut ea distracta pretium ad me deferres; vgl. Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. pr.): res aestimata venienda datur; (D. XIX, 5, 17. § 1): margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi afferres aut pretium eorum. — Gai. behandelte dieſe praescr. fol. 234 fg. des Veron.

1516) Andere Anſichten über dieſe formula ſ. bei Helmbach in Ztſchr. f. Civilr. und Pr. XI, 289 fg. Savigny, Syſt. V, 97 fg. und die daſelbſt Citirten, Keller, Civ. Pr. § 42 a. E. Pernice a. O. 94. 107. Die Formel Keller's hat den Fehler, daß ſie bloß die typiſchen Eingangsworte der praescr. und eine demonstr., nicht aber eine praescr. ſelbſt bietet.

Und indem ſonach die praescriptio ſammt ihrer demonstratio je nach der Geſtaltung des concreten Falles ihre Conception änderte, ſo erklärt ſich hieraus nun die Bezeichnung der a. praescr. verb. als a. in factum[1517]).

Im Uebrigen dagegen prägt in den Innominatcontracten eine ſinguläre, ja widerſpruchsvolle Rechtsordnung darin ſich aus, daß neben der a. praescr. verb. auch die bereits vor dieſer Klage zur Anwendung gelangte cond. caus. dat. noch in Anwendbarkeit gelaſſen wurde[1518]).

§ 127.

Fortſetzung.

Die doctrinelle Präciſirung der bonae fidei actiones und negotia, ſowie das Edict über dieſelben.

Indem mit der gegenwärtigen Periode ebenſowohl die Zahl der bon. fid. negotia ſich vermehrte, als auch die eintretenden Wandelungen in Sitten und Verkehrsgewohnheiten immer mehr den Geſchäftsverkehr auf den Schutz des Rechtes anwieſen; und indem andrerſeits die Theorie eine immer vollkommenere geiſtige Herrſchaft über den gegebenen Rechtsſtoff erlangte und damit ohne weiteres den Impuls zu deſſen immer allſeitigerer Durchbildung empfing, ſo iſt es namentlich eine doppelte Potenz, welche, bereits von dem vorhergehenden Zeitraume verwendet, auch in der gegenwärtigen Periode der Theorie die Handhaben und Agentien für ſolchen Fortbildungsproceß darbot: theils die bona fides oder aequitas oder die boni mores (§ 123), theils das ius naturale (§ 111), jene als Trägerin des hiſtoriſchen, dieſes

---

1517) Lab., Jul. und Pap. in A. 1512 citt. Jul. 11 Dig. bei Ulp. 30 ad Sab. (D. XIX, 5, 13. § 1), Gai. 10 ad Ed. (D. cit. 22), Afr. 8 Quaest. (D. cit. 24), Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 12). Bei Jul. und Gai. citt. wollen Pernice a. O. und die daſ. Citirten die Zuſätze civilis und id est praescr. verb. als Interpolation anſehen; allein dies iſt um ſo gewaltſamer, als beide Zuſätze öfter ſich finden, ſo der erſtere in A. 1512, der letztere aber bei Jul. 49 Dig. (D. XLIII, 26, 19. § 2), Ulp. 42 ad Sab. (D. XIX, 5, 15), Diocl. im C. Just. VIII, 54, 9. Im Uebrigen vgl. Schilling. Inſt. § 334 o. z.

1518) Vgl. Voigt, a. O. 467.

als Vehikel der ſpeculativen Elemente ſolchen Proceſſes, jene das aequum an ſich, dieſes unmittelbar die natura negotii und deren Geſetze (Thl. I § 53 fg.) ergebend. Und zwar werden beide Geſetze in einer dreifachen Modalität als Regulatoren der bon. fid. negotia verwendet.

Denn zunächſt werden aus jenen Geſetzen corrective Rechtsſätze entwickelt, welche, gleich als Normativbeſtimmungen, der Diſpoſitionsfreiheit der Contrahenten eine abſolute Schranke ſetzen und ſo daher ein Corrigens für den Geſchäftsverkehr ſelbſt ergeben, ausgehend hierbei von dem Geſichtspunkte, daß dasjenige, was, ſei es contra bonam fidem oder aquitatem oder bonos mores, ſei es contra naturam negotii iſt, nichtig ſei, ſo z. B. von

Cels. bei Ulp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 23); non valet, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est; 12 Dig. (D. L, 17, 186): nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit; 17 Dig. (D. L, 17, 188. § 1): quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt;

Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 18): neque — bonae fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emtor rem amitteret et pretium venditor retineret;

Pap. 28 Quaest. (D. XXII, 1, 5): generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideratur;

Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 7): illud non probabis dolum non esse praestandum, si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est; 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 12. § 11): non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit;

Paul. 33 ad Sab. (D. XVIII, 1, 34. § 1): rerum —, quas natura — vel mores civitatis commercio eximerunt, earum nulla venditio est; 5 Quaest. (D. XVIII, 5, 7. § 1); 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 34. pr.);

Diocl. im C. Just. VIII, 38, 14: omnia, quae contra bonos mores — in pactum — deducuntur, nullius momenti sunt;

ſowie in den Citaten in § 90 unter II.

Sodann werden aus denſelben ſupplementäre Rechtsſätze hergeleitet, berufen da einzugreifen, wo über irgend welchen einer näheren Beſtimmung bedürftigen Punkt die Contrahenten eine Vertragsdiſpoſition nicht getroffen haben, ſo z. B. in den in § 15 unter a gegebenen Citaten.

Und endlich wird nach Maaßgabe jener Geſetze vor Allem die natura negotii präciſirt, d. h. ebenſowohl die im Stadium der Unverletztheit der Obligation den Intereſſenten ipso iure obliegenden Befugniſſe und Verbindlichkeiten nach Beſtand wie Gehalt im Beſonderen beſtimmt, als auch die aus der Verletzung ſolcher Verbindlichkeiten reſultirenden Folgewirkungen detaillirt, ſo z. B. von

Lab. 4 Post. (D. XIX, 1, 50): bona fides non patitur, ut, quum emtor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelleretur et re sua careret;

Jav. 2 ex Plaut. (D. XXI, 2, 60): venditor praestabit — ex natura ex emto actionis hoc, quod interest;

Gai. III, 137: in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; 7 ad Ed. prov. (D. XLI, 1, 45); 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 6, 18. § 2): cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset; 18 ad Ed. prov. (D. L, 17, 57): bona fides non patitur, ut bis idem exigatur; 3 de Verb. Obl. (D. III, 5, 39): naturalis — ratio suadet alienam condicionem meliorem quidem — nos facere posse, deteriorem non posse:

Jul. 3 Dig. (D. III, 5, 6. § 4); Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61. § 3); Scaev. 1 Resp. (D. XVII, 1, 60. § 4);

Pomp. 9 ex Var. lect. (D. L, 17, 206): iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem;

Pap. 9 Quaest. (D. XVI, 3, 24): contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare etc.; bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 5): si post emtionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex emto non posse;

Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 17, 116. pr.): nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei iudicia sustinet, quam

vis atque metus; quem comprobare contra bonos mores est; 28 ad Sab. (D. XIX, 1, 1. § 1): omnia —, quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in emti actionem; — — si improbato more versatus sit —, debere eum teneri;

Paul. 1 Man. (D. XVII, 2, 83): naturali convenit ratione etc.; 3 ad Sab. (D. L, 17, 10): secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda; 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 22. § 3): in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere.

Und in dieſer letzteren Beziehung ſind es namentlich die zahlreichen Functionen der bon. fid. a., hinſichtlich deren die gegenwärtige Periode nicht allein das von früherer Zeit bereits Feſtgeſtellte im Einzelnen ſchärfer präciſirt, weiter ausführt, wie vervollſtändigt, ſondern auch nach ganz neuen Richtungen hin weiter fortbildet (§ 128), damit nun einen Lehrſtoff ſchaffend, deſſen Reichhaltigkeit die Wiſſenſchaft zu einer beſonderen Darlegung veranlaßte, wie wir ſolcher z. B. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. 13. 15. 17. XVII, 2, 69. XVIII, 1, 30. XVIII, 2, 16. XVIII, 3, 4. XVIII, 4, 4. 11. XXI, 2, 4. 37) begegnen.

Endlich Hand in Hand mit jenen Arbeiten der Theorie geht die dogmatiſche Feſtſtellung der ſpecifiſchen Unterſchiede der Real- und Conſenſualcontracte nach Maaßgabe der darin ausgeprägten volkswirthſchaftlichen Proportionen der pecuniären Intereſſen, die Präciſirung ſomit und exacte Beſtimmung der von der Nationalanſchauung ſelbſt überlieferten weſentlichen Unterſcheidungsmerkmale jener Verträge. Und zwar ſtützt ſich ſolche Unterſcheidung und begriffliche Individualiſirung auf die drei Kategorien des Aequivalentes: hier das Entgeltliche und Unentgeltliche entgegenſetzend[1519]) und damit die weſentlich zweiſeitigen Verträge (z. B. emtio venditio) als die entgeltlichen von den weſentlich einſeitigen (mutui datio) und von den hypothetiſch ein- oder zweiſeitigen (z. B. depositum), als den unentgeltlichen ſcheidend; dann

1519) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. 161 fg. 426 fg. A. 376 und dazu noch Jul. 11 Dig. bei Ulp. 30 ad Sab. (D. XIX, 5, 13. § 1), Gai. 10 ad Ed. prov. (D. cit. 22). Vgl. auch A. 1746.

des Objektes: hier das dare rem im untechniſchen Sinne und das dare operam oder facere, ſomit die Sache und die menſchliche Thatkraft gegenüberſtellend und bezüglich der res wiederum ſcheidend zwiſchen fungibler und nicht fungibler Sache; endlich des öconomiſch juriſtiſchen Zweckes als alterius esse oder habere oder tenere oder uti oder frui, ſomit insbeſondere den Tauſchwerth und den Nutzungswerth der Sache trennend[1520]). So daher werden auf Seiten der unentgeltlichen Verträge die Beſtimmungen gegeben von

mutui datio als do rem, quae pondere, numero, mensura constat, utendam[1521]);

commodatum als do rem, quae nec pondere, nec numero, nec mensura constat, utendam[1522]);

depositum als do rem mihi servandam[1523]);

1520) Wegen dare rem vgl. Schilling, Inſt. § 224 x; wegen dare operam Beil. XXI A. 189. — Wegen habere und tenere ſ. Beil. XXI § VII. — Wegen Tauſch- und Nutzungswerth vgl. § 71. — Dagegen die techniſche Artbeſtimmung der condictio ſtützt ſich einzig und allein auf die Kategorie des Objectes: als certa pecunia und ſonſtige certa res oder auch incertum.

1521) Plaut. Pers. I, 3, 37 fg.: oravi, ut nummos — mihi dares utendos mutuos; Paul. 10 ad Ed. (D. III, 6, 2): si gratuita pecunia utenda data sit: vgl. Non. Marc. 439, 19: fit meum tuum usu temporis necessarii; Ulp. 31 ad Ed. (D. XIX, 5, 19. pr.): rogasti me, ut tibi numos mutuos darem, ego quum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris; im Uebrigen vgl. Gai. III, 90. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 2), Paul. 28 ad Ed. (D. XII, 1, 2. pr. § 1). Unbedingt zinslos iſt Uebrigens die mutui datio nicht, allein die Zinſen werden nicht, wie beim foenus promittirt, ſondern ſofort bei Zahlung des Darlehns zurückgegeben: Scaev. 28 Dig. (D. XLV. 1, 122 pr.). Die daraus entſtehende Obligation iſt aber nichtsdeſtoweniger juriſtiſch unentgeltlich, da die condictio nicht auf Zinſen geht.

1522) A. 1496; vgl. Paul. 28 ad Ed. (D. XII, 1, 2. pr.). Dagegen das precarium enthält die Proportion do rem possidendam: Gai. II, 60, wogegen Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 26, 2. § 3) das uti danebenſtellt, und in 1 Jnst. (D. cit. 1. pr.) gar ſubſtituirt.

1523) Qu. Muc. 16 Jur. civ. (Gell. VI, 15, 2): quod cui servandum datum est; Jul. 1 Dig. (D. XIII, 6, 19): servandum conducere (vgl. Beil. XXI § XIX unter B 1); dagegen Edict in Dig. IV, 9, 1. pr.: rem salvam fore recipere und Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. pr.): quod custodiendum alicui datum est. Objectiv richtiger würde die Conſtruction ſein: operam do rei tibi servandae; allein die Römer beliebten die Auffaſſung als Realcontract.

mandatum als do operam negotio gerendo[1524]);

wogegen die entgeltlichen Verträge auf entſprechende wirthſchaftliche Proportionen zurückgeführt werden und zwar

emtio vend. auf do pecuniam, ut rem mihi habere liceat[1525]);

locatio cond. rei auf do pecuniam, ut re uti vel frui mihi liceat[1526]);

locatio cond. operis auf do pecuniam, ut opus mihi facias[1527]);

locatio cond. operarum auf do pecuniam, ut operas mihi facias, quae locari solent[1528]);

societas auf do rem vel operam, ut in commune quaeramus[1529]);

pactum de re aestimata vendenda auf do rem aestimatam, ut ea distracta pretium ad me deferas (A. 1515);

permutatio auf do rem, ut aliam rem accipiam[1530]), quae mea sit.

Dahingegen gehört nicht zu jener Gruppe die pignoris datio, indem dieſelbe ein pecuniär indifferentes Rechtsgeſchäft iſt, das ſomit in concreto ebenſo unentgeltlich, wie entgeltlich ſein kann[1531]), ſonach aber dieſelbe eine ganz ſinguläre Stellung unter den Contracten des ius gentium einnimmt, während wiederum andere von der Nationalanſchauung individualiſirte Geſchäftsproportionen, wie das custodiam praestare (A. 1016) und das commendare gar nicht zu ſelbſtſtändigen Rechtsfiguren erhoben worden ſind.

1524) Vgl. Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XIX, 5, 22), 2 Aur. (D. XVII, 1, 2. § 1 fg.), Inst. III, 155. 162. Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 1. § 4).

1525) Beil. XXI A. 95; vgl. Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 1): pecuniam do, ut rem accipiam.

1526) Beil. XXI A. 187; frui re auch Serv. bei Afr. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 35. pr.) und bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 15. § 2); Beides J. Just. III, 24, 2: si — rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit.

1527) Varr. L. L. V, 36, 178: si quid datum pro opera aut opere, merces (sc. appellatur).

1528) A. 1527. Plaut. Asin. I, 3, 20: datum hostimentumst: opera pro pecunia; Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 2): do, ut facias — factum, quod locari solet.

1529) Vgl. Cels. 7 Dig. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 52. § 2).

1530) Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 1); vgl. Ped. bei demſ. 32 ad Ed. (D. XIX, 4, 1. § 3).

1531) Vgl. § 81 und im Beſonderen Voigt, Cond. ob caus. A. 408 fg.

Was im Beſonderen endlich die vertragsmäßige Leiſtung von operae betrifft, ſo ſtehen hier auf der einen Seite die loc. cond. operarum, hinſichtlich deren nicht allein Entgeltlichkeit, ſondern auch die Bezüglichkeit auf operae mercenariae oder fabriles im Gegenſatze zu operae officiales oder zu artes erfordert wird[1532]), wogegen auf der anderen Seite die Verträge über operae, quae locari non solent ſtehen. Und dieſe letzteren Verträge ſind einestheils mit extraordinaria cognitio bewehrt, und dies zwar in drei verſchiedenen Fällen: zuvörderſt da, wo ausnahmsweiſe ein mandatum non gratuitum ſtatuirt wird, weil einerſeits die betreffende Leiſtung nach althergebrachter nationaler Auffaſſung dem Geſichtspunkte des Mandates unterſtellt war, andererſeits aber die jüngere Volksanſchauung ein Entgelt als zuläſſig anerkannte, beim Verſprechen nämlich eines salarium an den Proceß-Procurator[1533]); ſodann die Fälle, wo artes honestae oder liberalia studia d. h. theoretiſches Fachwiſſen in Geſtalt von operae gegen ein Honorarium zur Verfügung geſtellt wird; wie endlich gewiſſe Fälle, welche aus hiſtoriſchen Gründen: weil von Alters her keine Klage gegeben war, der vorhergehenden Claſſe gleichgeſtellt wurden[1534]). Anderntheils dagegen ward in allen übrigen Fällen die a. praescr. verb. gegeben[1535]).

Endlich in dem prätoriſchen Edicte vollzieht ſich gleichzeitig

---

1532) Entgeltlichkeit: Gai. III, 162. 2 Aur. (D. XIX, 2, 2. pr.); Paul. 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 1. § 4), 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 2). Operae mercenariae: Cic. de Off. I, 42, 150: quaestus mercenariorum, quorum operae, non quorum artes emuntur; Veter. bei Ulp. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 1. pr.); Ulp. 8 de Omn. trib. (D. L, 13, 1. § 4); vgl. A. 808. Voigt. a. O. 739 fg.

1533) Pap. 3 Resp. (D. XVII, 1, 7); Sev. und Car. im C. Just. IV, 35, 1. vgl. Schilling, a. O. § 308 n. 329 c.

1534) Artes: Cic. in A. 1532 cit.; liberalia studia: Ulp. 8 de Omn. trib. (D. L, 13, 1. pr.), Justin. pragm. sanct. c. 22. Hierunter fallen die Leiſtungen der architecti und medici: Cic. l. c. Ulp. cit. (D. cit. § 1. 3), der obstetrices, praeceptores studiorum liberalium, librarii, notarii, calculatores oder tabularii: Ulp. cit. (D. cit. pr. § 2. 6), der patroni causarum: Ulp. cit. (D. cit. 1. § 10—13), Justin. im Cod. III, 1, 13. § 9, der agrimensores: Ulp. 24 ad Ed. in A. 1532, und der Gerichtsbeiſitzer der Magiſtrate: Schilling, a. O. § 329 e. In letzterer Beziehung aber die Leiſtungen des proxeneta und der nutrix: Ulp. 8 de Omn. trib. (D. L, 14, 3. L, 13, 1. § 14).

1535) Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 2).

mit jenen dogmatiſchen Arbeiten der Rechtswiſſenſchaft eine höchſt merkwürdige Umſtellung und neue Behandlung der bon. fid. actiones. Während nämlich von Vorn herein die bon. fid. negotia unter dem Edicte Pacta conventa inbegriffen werden und unterhalb deſſen die bon. fid. a. proponirt iſt (§ 114), die beiden pacta praetoria des depositum und commodatum dagegen in dem Abſchnitt von den condictiones: in der pars de Rebus creditis eingeordnet ſind, ſo werden nunmehr nicht allein dieſe beiden negotia auch dann noch in dieſer Stellung in ſolchem Abſchnitte belaſſen, nachdem dieſelben bereits als bon. fid. contractus anerkannt ſind, ſondern es wird denſelben auch das pignus civile mit ſeiner bon. fid. a. (§ 126) eingefügt, ſo daß dieſelben in der Reihe: commodatum, pignoraticia actio, depositum auf einander folgen. Dagegen die Conſenſualcontracte werden aus dem Edicte Pacta conventa ausgeſchieden und indem für dieſelben ſammt den Innominatcontracten der von der Rechtswiſſenſchaft gebotene Begriff von contractus, als ſynallagmatiſches Rechtsgeſchäft (A. 1399) vom Prätor adoptirt wird, ſo wird ein neuer Abſchnitt de Contractibus dem Edicte eingefügt und dieſelben hier in der Reihenfolge eingeordnet: mandatum, societas, a. aestimatoria, permutatio, praescr. verb., emtio vend. und locatio cond. Damit aber iſt nicht allein die chronologiſche Folge der Klagbarmachung, ſondern auch die Einheit des Begriffes ebenſo von bon. fid. negotium, wie von contractus geſtört: der eine Theil derſelben iſt den condictiones angeſchloſſen, der andere Theil dagegen als contractus zu einer ſelbſtſtändigen Gruppe zuſammengefaßt[1536]). Endlich wieder die negotiorum gestio behielt ihre alte Stellung in der pars de Jurisdictione bei: als Lehre von dem Proceß-Procurator.

§ 128.

Fortſetzung.

Die verſchiedenen Functionen der bonae fidei actiones.

Während bereits der vorhergehende Zeitraum der bon fid. a. neben ihrer Hauptfunction als Contracts- oder Quaſicontracts-

1536) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. § 43.

klage die Nebenaufgaben überwies, ebenſo als Schädenklage zu dienen wegen mora oder verſchuldeter Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte, ingleichen wegen dolus malus, vis, reticentia und Verweigerung der stipulatio duplae vel simplae, ſodann aber auch als Bereicherungsklage wegen Zwiſchengewinn und wegen Impenſen, wie endlich als Organ für Wahrung der beiderſeitigen Parteiintereſſen; ſo hat nun die gegenwärtige Periode nicht allein den in jenen Punkten überlieferten Lehrſtoff überarbeitet und vervollkommnet, ſondern auch innerhalb jener manichfachen Functionen die Verwendung der bon. fid. a. noch erweitert, und ſo namentlich derſelben die neuen Functionen beigemeſſen, als Schädenklage wegen Eviction, wegen verſchuldeter Vereitelung der Solution am legalen Leiſtungsorte, ſowie wegen laesio enormis zu dienen, dann parallel der cond. ob caus. als Bereicherungsklage wegen vitiöſer causa einzutreten, wie endlich defensio ipso iure wegen error in der Willensbeſtimmung zuzulaſſen.[1537])

Im Beſonderen nun vollzog ſich zuvörderſt in der Richtung der Contractsklage eine Verallgemeinerung der Klagbarkeit der pacta adiecta (§ 112): dieſelben werden ſchrittweiſe immer allgemeiner der Klage ihres Hauptcontractes theilhaft gemacht. Und zwar extendirte man zuerſt die im ädiliciſchen Edicte aufgeſtellte Rechtsordnung, wonach das bei den bezüglichen Käufen zu Gunſten des Abkäufers vereinbarte reſolutive pactum displicentiae durch a. redhibitoria geſchützt wird (A. 1349), auf die nicht dieſem Edicte unterfallenden Käufe mit der Modification, daß hier aus ſolchem pactum a. emti gegeben wird: Lab. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 3), Sab. bei Paul. 2 ad Ed. (D. XVIII, 5, 6)[1538]) und bei

---

1537) Vgl. Beil. VII § 2 fg. Ueber die bon fid. a. ſ. die Literatur bei Schilling, Inſt. § 109a; Rein, Priv. Rt. 902 A. 1. Arndts, Pand. § 100 Anmkg. Dann noch Windſcheid, Pand. § 46, 4. Bangerow, Pand. I § 139 A. 1. Bering, Inſt. § 114, 12. Kuntze, Inſt. § 236; Kämmerer, de doli clausula 79 fg. Lynden, iurispr. Tull. 138 fg. 145 fg. J. Sandra, de neg. bon. fid. et str. iur. Trai. ad Rh. 1850. Heimbach in Ztſchr. f. Civ. Rt. und Proc. N. F. 1849 VI, 66 fg. O. Götz, de condiction. doctr. I. II. Lips. 1856, eine Schrift, die in Auffaſſung des Stoffes manches durchaus Originale und Beachtenswerthe bietet.

1538) Schilling, Inſt. § 334 o bezieht dieſe Stellen auf ein zu Gunſten

Ulp. cit.; und dieſe Anſicht vertritt auch Ulp. l. c. ſelbſt, während Paul. l. c. vielmehr die ädiliciſche a. in factum (A. 1349), endlich Diocl. im C. Just. IV, 58, 4 die a. redhibitoria giebt. Dagegen aus dem zu Gunſten des Verkäufers vereinbarten reſolutiven pactum displicentiae giebt noch Proc. 11 Ep. (D. XIX, 5, 12) die ädiliciſche a. in factum (A. 1349), wogegen Jul. bei Ulp. 38 ad Ed. (D. XIII, 7, 13. pr.) a. venditi und Alex. im C. Just. IV, 54, 2 daneben alternativ a. praescr. verb. zuſprechen.[1539])

Dann bei der lex commissoria iſt die Zuläſſigkeit der a. venditi auf Rückgabe des bereits tradirten Objectes[1540]) längere Zeit ſtreitig: die letztere wird zwar von Pomp. 9 ad Sab. (D. XVIII, 1, 6. § 1) zugeſprochen, allein von anderer Seite ward hiergegen geltend gemacht, daß nach eingetretener Reſolvirung der emtio vend. die Zulaſſung der a. venditi einen inneren Widerſpruch enthalte. Erſt Sev. und Carac. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XVIII, 3, 4. pr.) entſcheiden definitiv für die Statthaftigkeit ſolcher Klage, die nun auch von Alex. im C. Just. IV, 54, 3 gegeben wird.[1541])

Hinwieder giebt Ulp. ebenſo aus der in diem addictio, als auch bei verſchuldeter Vereitelung des Eintrittes der Suſpenſivbedingung a. venditi: 32 und 11 ad Ed. (D. XVIII, 2, 16. XVIII, 1, 50) und reſp. a. emti: 28 ad Sab. (D. XVIII, 1, 7. pr.), gemäß dem Grundſatze, daß die doloſe Vereitelung der Möglichkeit der Leiſtung der doloſen Verweigerung der möglichen Leiſtung gleichſteht (A. 884), während Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. cit. letzteren Falles nur die a. praescr. verb. für ſtatthaft hielt.

Endlich aus dem pactum adiectum über Evictionshaftung

---

des Verkäufers vereinbartes pact. displic., ſomit auf a. venditi; allein das entſpricht nicht den Worten der Stelle. Und ebenſo halte ich die Auffaſſung der a. in factum als a. praescr. verb. für unangemeſſen.

1539) Schilling, a. O. § 334 m leugnet jene a. in fact., indem er vielmehr die fraglichen Stellen dem pactum de retrovendendo unterſtellt. Ich theile indeß die Anſicht derer, die ein von dem pact. displic. zu Gunſten des Verkäufers unterſchiedenes pact. de retrovend. nicht anerkennen; vgl. Schilling, a. O. z. Wegen Jul. cit. insbeſondere vgl. Schilling, a. O. § 261 gg.

1540) Dagegen bezüglich des bereits gezahlten, verwirkten Kaufpreiſes bedurfte es überhaupt keiner Klage: Plaut. Pseud. I, 3, 45 fg. I, 1, 52—59. II, 2, 4 fg. vgl. Voigt, Cond. ob caus. 250 fg.

1541) Vgl. Schilling, a. O. § 300 r. 331 l. Savigny, Syſt. VI, 127. Keller, Inſt. 120 fg.

(vgl. A. 1370) wird bereits zu früherem Zeitpunkte a. emti gegeben von Jul. 15 Dig. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 18), Pap. 3 Resp. (fr. Vat. 8), Ulp. l. c., Paul. 2 ad Ed. aed. (D. XXI, 2, 56 pr.), Diocl. im C. Just. III, 38, 7; ingleichen aus dem pactum auf Abſchluß einer stipulatio simplae, duplae, triplae oder dergl. von Paul. 2 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 56 pr.); nicht minder aus dem pactum adjectum wegen Fehlerfreiheit des Objectes (vgl. A. 1370) von Gai. 2 Aur. (D. XVIII, 6, 15), Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 6. § 4), Ulp. 18. 32. 70 ad Ed. (D. XIX, 1, 34. 13. § 3. 4. fr. 35), Paul. sent. rec. II, 17, 6. Flor. 8 Inst. (D. XVIII, 1, 43. pr.), Hermog. 2 Jur. ep. (D. XIX, 1, 49. pr.), Diocl. im C. Just. IV, 49, 9; wie endlich aus dem Zinsvertrage von Afric. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 34. pr.), Pap. 9 Quaest. (D. XVI, 3, 24), Paul. de Usur. (D. XXII, 1, 17. § 4), 4 Resp. (D. XVI, 3, 26. § 1), Gord. im C. Just. IV, 54, 5.[1542]).

Wenn ſo daher dieſe Momente ergeben, daß die gegenwärtige Periode in der That die Klagbarkeit der pacta bonae fidei constractui adiecta gleich als eine der aequitas entſprechende Ordnung vertrat und verwirklichte, ſo vollzog ſich doch andererſeits die praktiſche Durchführung dieſer Ordnung theils nur ſchrittweiſe, theils in weitergreifenderer Maaße nicht vor dem zweiten Jahrhundert n. Chr.,[1543]) theils aber auch niemals in unbeſchränk-

1542) Göz l. c. I, 7 hebt noch hervor, daran einen verſchiedenen Effect je für bon. fid. und stricti iur. neg. knüpfend, die Clauſel, wodurch der Vertrag theilweis auf einen Dritten geſtellt wird; allein die dort hervorgehobene Differenz knüpft nicht an jenen Gegenſatz an, ſondern iſt Schulcontroverſe bezüglich der Stipulation insbeſondere: Gai. III, 103. vgl. Schilling, a. O. § 261. Schrader zu Inst. III, 19, 4. Ebenſowenig gehören jenem Gegenſatze an die Verhältniſſe die Göz p. 6 hierher zieht: die Solidarhaft der Erben beruht immer auf beſonderem Grunde, ſo z. B. Venul. 6 Stip. (D. XLV, 1, 139) und iſt daher dem strictum ius weder allgemein, noch ausſchließlich eigen, ſo z. B. Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 3); vgl. Schilling, a. O. § 260.

1543) Es ergiebt dies einen Maaßſtab der richtigen Würdigung von der S. 185 bekämpften Anſicht, daß bereits die XII Taf. ein dem dinglichen Rechtsgeſchäfte stricti iuris beigefügtes pactum adiectam: die fiducia als klagbar anerkannt hätten, ein Satz, der wieder vertreten wird von Esmarch in Krit. Vierteljſchr. 1872. S. 225 fg.; allein diesfalls hätte ja doch die fiducia der traditio beigefügt werden können, während die Quellen ſie auf mancipatio und in iure cessio beſchränken; und wie bei einer leg. a. — denn dies iſt ja die in iure cessio — eine unſolenne Rede von Rechts-

ter Allgemeinheit, da vielmehr immer noch gewiſſe Ausnahmefälle anerkannt werden, in denen das pactum adiectum für infufficient zur Begründung der Klage angeſehen wird, ſo bei

Paul. 27 ad Ed. (D. XI, 7, 11): quodsi locus monumenti hac lege venierit, ne in eum inferrentur, quos ius est inferri, pactum quidem ad hoc non sufficit, sed stipulatione id caveri oportet.

Was ſodann die überlieferten Functionen der bon. fid. a. als Schädenklage anbetrifft (§ 112), ſo erfährt vor Allem die Lehre von der Mora eine höchſt ſorgſame doctrinelle Ausbildung: zunächſt wird aus dem Begriffe mora die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte als ein ſelbſtſtändiger Thatbeſtand ausgeſchieden; ſodann werden neben der Nichtleiſtung am vereinbarten Solutionstermine als weitere Thatbeſtände der mora solvendi anerkannt theils die Interpellation Seitens des Gläubigers bei unbeſtimmtem Solutionstermine, theils das decretum ius dicentis bei hereditas vacans[1544]); und endlich werden die manichfachen Folgewirkungen ſolcher Mora im Einzelnen vervollſtändigt, wie genauer beſtimmt, und namentlich durch Exegeſe der Conſtitution Quoties culpa intervenit debitoris, perpetuatur obligatio präciſirt (A. 1371), dementſprechend nun insbeſondere einerſeits die perpetuatio obligationis gewiſſen Einſchränkungen unterſtellt wird: theils daß dieſelbe gleichwie durch Lit. Cont., ſo auch durch purgatio morae wieder aufgehoben wird,[1545]) theils daß auch in gewiſſem Falle nach der ſabinianiſchen Lehrmeinung der zufällige Untergang der res debita den Schuldner trotz ſeiner Mora liberirt,[1546]) wie andererſeits bei Debitum von baar Geld usurae officio iudicis praestandae dem

---

wirkſamkeit war, das dürfte denn doch vor Allem erſt zu begründen ſein; und überdem bezeugt Gai. I, 140. 172 ausdrücklich, daß die lex fiduciae der Formel inſerirt ward: A. 1168.

1544) A. 1005 fg. Dagegen der Thatbeſtand des delictiſchen Beſitzes fällt nicht in die Sphäre der bon. fid. a.

1545) Die Lehre von der purgatio morae durch Offerte des Debitum iſt noch unbekannt dem Lab. bei Pomp 31 ad Qu. Muc. (D. XVIII, 7, 17), wird vielmehr zuerſt aufgeſtellt von Cels. d. Jüng. bei Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 3) und adoptirt von Jul. bei Demſ.

1546) Vgl. hierüber A. 1759.

Gläubiger zuerkannt werden.[1547]) Und anderntheils wiederum bezüglich der mora accipiendi wird die Rechtsordnung der XII Tafeln (§ 97) adoptirt, daß dem Schuldner die Dereliction und resp. Depoſition der res debita nur dann geſtattet iſt, wenn derſelbe zuvor den Gläubiger interpellirt oder demſelben ſolches Verfahren denuncirt hat (§ 86 unter I B 4).

Nicht minder bezüglich der bon. fid. a. als Schädenklage wegen verſchuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte unterzog ſich die Theorie der Aufgabe, ebenſowohl die manichfachen, ſolche Rechtsverletzung begründenden objectiven Thatbeſtände in reichſter Caſuiſtik feſtzuſtellen (§ 86 unter III), als auch bezüglich der einzelnen bon. fid. negotia den verſchiedenen Grad der Haftung für Verſchuldung in ſyſtematiſcher Ueberſicht zuſammenzufaſſen und darzulegen,[1548]) wie endlich auch ſolche Verſchuldung ſelbſt ihrer Weſenheit nach genauer zu beſtimmen (§ 141). Während ſodann in der Function einer a. de dolo und quod met. c. die theoretiſche Durchbildung der bon. fid. a. in den Hintergrund zurücktritt, da in erſterer Beziehung dieſelbe in Abhängigkeit ſteht von den in Bezug auf die a. de dolo ſelbſt ſich vollziehenden Operationen der Theorie hinſichtlich der Weſenbeſtimmung des dolus malus, wie der Ver-

---

1547) Dieſe Zinſen ſind dem ädilic. Edicte noch unbekannt: A. 1358 und erſt durch Lab. eingeführt: Pomp. 13 ad Sab (D. XVII, 2, 60. pr.); vgl. Noodt, de foenore et usur. I, 5. III, 6. 7. Glück, Pand. XXI, 34 fg. Madai, Mora 354 fg.

1548) Ulp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 23), wo indeß die Lehrſätze des Sabin. in corrumpirter Faſſung vorliegen: Huſchke im Rhein. Muſ. f. Jurisp. VII, 74. Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 61). Daneben dann mannichfache Detailerörterungen, ſo A. 1027; dann Quint. J. O. VII, 4, 35: in quo iudicio (sc. tutelae) solet quaeri, an alia de re, quam de calculis cognosci oporteat, an fidem praestare debeat tantum, non etiam consilium et eventum, wo ſomit Haftung für Culpa neben der für Dolus in Frage ſteht (vgl. A. 1734); endlich Gai. 2 Aur. (J. Just. III, 25, 9): socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, — an etiam culpae — nomine, quaesitum est; praevaluit tamen etiam culpae nomine teneri eum, welche jüngere Rechtsordnung zurückgeht auf Cels. 7 Dig. bei Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 52. § 2), während wiederum die ältere Rechtsordnung äußerſt merkwürdig iſt, weil ſie dem maaßgebenden Principe in § 86 unter III 2 widerſtreitet; vgl. auch A. 1386. 1737.

wendbarkeit der a. de dolo (§ 132), in letzterer Beziehung dagegen die bon. fid. a. durch die a. quod met. c. faſt gänzlich außer Anwendung geſetzt wird; ſo begegnen wir wieder einer reicheren doctrinellen Behandlung der bon fid. a. als a. de reticentia: theils wird die Pflicht zur pronuntiatio vitiorum noch auf andere bon. fid. contractus übertragen, welche die Veräußerung eines Objectes oder die entgeltliche Uebertragung von Nutzungsbefugniſſen an ſolchem vermitteln, ſo namentlich auf pigneris datio, wie permutatio (A. 1038 fg.), theils wird die Verſchiedenheit bezüglich des Maaßes der Verhaftung je bei doloſer oder culpoſer Unterlaſſung der pronuntiatio ſchärfer durchgebildet (§ 87 unter III), theils greift endlich die Lehrmeinung gewiſſer Juriſten ein, welche den Fall, wo substantia des Objectes oder sexus des Sclaven in Frage ſteht, dem Geſichtspunkte der reticentia ganz entziehen und der Rechtsordnung des error überweiſen will (A. 1558). Zugleich wird daneben nicht allein die Verbindlichkeit zur stipulatio duplae vel simplae wegen der zugeſagten Fehlerfreiheit beibehalten, ſondern auch das bezügliche pactum adiectum mit Klagbarkeit bekleidet (bei A. 1542).

Endlich die Haftung für Eviction erfuhr eine tief eingreifende Umgeſtaltung, in Folge deren die diesfallſige Verbindlichkeit durchaus parallel der Haftung wegen vitia ſich regelt: einerſeits ward neben die von der vorigen Periode dem venditor auferlegte stipulatio duplae vel simplae das entſprechende pactum adiectum, wie obbemerkt, als klagbar geſtellt, und andrerſeits wird auch wiederum dem Verkäufer, dafern nicht etwa der Abkäufer um das alienum esse des Kaufobjectes weiß, ipso iure die Haftung für Eviction auferlegt,[1549]) ein Rechtsſatz, in welchem die Theorie auf die alte Ordnung des rigor und der XII Tafeln zurückgreift: denn die a. emti tritt hier in Parallele mit der a. auctoritatis (A. 1197). Und zwar geht dieſer Rechtsſatz, welcher noch dem Nerat., Cass., wie Cels. nach Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 8. 9. 14. fr. 13. § 17) unbekannt iſt, von Julian aus und gewinnt nun die beſondere Beſtimmung, daß die bezügliche a. emti zwar

1549) Vgl. Sell in Sell's Jahrb. I, 197 fg. II, 18 fg., ſowie insbeſondere Ulp. 70 ad Ed. (D. XIX, 1, 35).

auf id quod interest ſich richtet,[1550]) dieſes ſelbſt aber in ſeinem Maximum auf das Duplum des quanti res est beſchränkt iſt.[1551]) Und von hier aus ward ſolche Haftung des Veräußerers weiterhin auf alle entgeltlichen bonae fidei Veräußerungsverträge extendirt,[1552]) ſo namentlich auf die Innominatcontracte,[1553]) wie die Theilung der communio incidens.[1553]) Endlich geht Hand in Hand hiermit, daß auch dem emtor die Haftung für das meum esse am Kaufpreiſe auferlegt wird (Beil. XXI A. 100).

Ueberdem entlehnt dann die gegenwärtige Periode dem Edicte De eo quo certo loco die Function der bon. fid. a. als Schädenklage wegen Verweigerung der Solution am legalen Leiſtungsorte (§ 86 unter II), während endlich Diocletian, geleitet von der verfehlten Tendenz, den Marktpreis der Waaren dauernd zu fixiren und gegen Veränderungen, wie Schwankungen zu ſichern, ebenſo die Maximalpreiſe dem Verkehre zu dictiren unternimmt,[1554]) wie auch dem Preisminimum eine relative Grenze ſetzt durch die

---

1450) Jul. 10 ad Min. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 14), 15. 57 Dig. (D. XXI, 2, 8. 39. § 3) und bei Paul. 5 Quaest (D. XIX, 1, 45. pr.); Afr. 8 Quaest. (D. XIX, 1, 44); Pomp. 31 ad Qu. Muc. (D. XVIII, 1, 66. pr.), 9 ad Sab. (D. XXI, 2, 16. pr.); Pap. 3 Resp. (fr. Vat. 17); Ulp. 29 ad Sab. (D. XXI, 2, 19. pr.), 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 2. 17); Paul. 5 ad Sab. (D. XXI, 2, 18), 5 Quaest. (D. cit. 70. XIX, 1, 43. 45. pr.), Sent. rec. II, 17, 2. Alex. im C. Just. VIII, 45, 6. Diocl. daſ. c 23. 25. 27. IV, 52, 5. VII, 45, 8. Dafern über Eviction zwar cavirt iſt, allein ohne Angabe des Procentſatzes, ſo giebt ſchon Jav. 2 ex Plaut. (D. XXI, 2, 60) a. ex stipulatu auf simplum und auf id quod interest. Dann auch bei dos aestimata: Ulp. 34 ad Sab. (D. XXIII, 3, 16); Sev. und Car. im C. Just. V, 12, 1.

1551) Vgl. A. 829.

1552) Vgl. Schilling, Inſt. § 297, Zuſ. 2. So auch bei datio in solutum a. emti utilis: Ulp. 30 ad Ed. (D. XIII, 7, 24. pr.), Car. im C. Just. VIII, 45, 4. Dagegen ward ſolche Haftung ausdrücklich in Abrede geſtellt für die donatio von Paul. sent. rec. V, 11, 5: vgl. A. 1199; bei Sev. und Car. im C. Just. VIII, 45, 2 fehlt dagegen das dem pactum adjectum Klagbarkeit verſchaffende bon. fid. negotium.

1553) Jul. bei Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 5, 5. § 2), Paul. 32 ad Ed. (D. XIX, 4, 1. § 1), Diocl. im C. Just. II, 4, 34. III, 38, 7. VIII, 45, 29. Bezüglich der divisio communionis incidentis iſt bei Pap. 28 Quaest. (D. XXI, 2, 66. § 3) a. fam. erc. zu verſtehen, von Diocl im C. Just. III, 36, 14 aber a. praescr. verb. gegeben. Wegen der strict. iur. negotia ſ. A. 1667.

1554) In dem edictum de pretiis rerum venalium v. 301 im C. J. L. III², 801.

Verordnung, daß bei Verkauf unter der Hälfte des Preises die a. venditi als Schädenklage Platz greife.[1555])

Sodann wiederum die Function der bon. fid. a. als Bereicherungsklage betreffend, in welcher dieselbe bereits von früher her als Klage auf Restitution ebenso der Impensen, wie des durch die res debita gemachten Zwischengewinnes überliefert war (§ 113), so ward in der ersteren Beziehung die vorgefundene Lehre, wie Rechtsordnung unverändert belassen, da die Einfachheit des bezüglichen Thatbestandes der doctrinellen Operation überhaupt keinen Spielraum bot, die vereinzelt hervortretende Tendenz aber, jene Rechtsordnung auch auf die impensae utiles zu extendiren, ohne durchgreifenden Erfolg blieb (A. 1049). Vielmehr verkümmerte im Gegentheile solche Function bei den in bon. fid. actiones umgewandelten arbitria legitima, da bei diesen die als Impensenklage fungirende a. contraria, abgesehen von den iudicia divisoria, von Vorn herein gänzlich fehlte (A. 1268) und mit Ausnahme der tutelae, wo das Edict eingriff (A. 1392), auch nicht nachgeschaffen wurde, wogegen allerdings für die neu geschaffenen originären bon. fid. actiones regelmäßig auch entsprechende actiones contrariae gebildet, für die a. praescr. verb. aber, wo solches nicht der Fall war, deren Verwendung als a. contraria nachgelassen wurde.[1556]) Wohl aber hat in Bezug auf den Zwischengewinn die Rechtswissenschaft der gegenwärtigen Periode höchst bedeutungsvoll eingegriffen, indem sie die so tiefsinnig angelegte Theorie des vorigen Zeitraumes in sicheren und kräftigen Zügen durchführte, indem sie sodann den neuen Lehrbegriff der causa rei oder omnis causa gleich als das doctrinelle Centrum jener Ordnung schuf (A. 1743), indem sie endlich das Verhältniß des periculum apud aliquem esse ebenso mit Rücksicht auf die Leistung an sich, wie auch mit Rücksicht auf die Gegenleistung bei wesentlich zweiseitigen Obligationen einer ebenso vielseitigen, wie eingehenden Untersuchung unterwarf (§ 89). Und neben diese doppelte Verwendung der bon. fid. a. stellte endlich die gegenwärtige Periode noch deren Function als cond. ob caus., wofür das älteste Zeugniß sich bietet

---

1555) § 87 unter V. Nicht gilt Analoges bezüglich anderer Contracte: Hermog. 2 Jur. ep. (D. XIX, 2, 23).

1556) Vgl. Schilling, Inst. § 325 e.

in Lab. bei Paul. 29 ad Ed. (D. XIII, 6, 17. § 5), die aber wiederum der Theorie keine Veranlaſſung zu beſonderer ſyſtematiſcher Erörterung bot, da hierfür die cond. ob caus. ſelbſt und deren dogmatiſche Unterſuchungen ganz unmittelbar, wie alleinig maaßgebend waren.

Endlich die Function der bon. fid. a., als Organ für Wahrung der beiderſeitigen Parthei-Intereſſen zu dienen, manifeſtirte ſich bereits in dem vorhergehenden Zeitraume in der dreifachen Richtung, daß gegenüber dem in der bon. fid. a. geltend gemachten Anſpruche diejenige gegneriſche Einrede ipso iure zu defenſiver Wirkſamkeit gelangt, welche aus einem collidirenden, ſelbſt auf die aequitas geſtützten Gegenanſpruche ſich ergiebt, ſei dies wechſelſeitige Hauptforderung, ſei es Gegenforderung, ſei es collidirendes gegneriſches Intereſſe ſchlechthin (§ 113). In Bezug auf das erſte dieſer drei Verhältniſſe ſtellt nun die gegenwärtige Periode die Anforderung auf, daß bei weſentlich zweiſeitigem Contracte der Kläger, dafern dieſer ſelbſt die ihm obliegende Hauptleiſtung noch nicht erfüllt hat, mit der Klage das Erbieten zu ſolcher Erfüllung zu verbinden habe, die Unterlaſſung ſolchen Erbietens ſomit dem Beklagten Einrede mit defensio ipso iure gewährt (A. 1092 fg.)

Sodann in Bezug auf den zweiten Punkt ward eine weitgreifende Veränderung in der überlieferten Ordnung herbeigeführt in Folge der jetzt eintretenden, ganz exorbitanten Erweiterung und Verallgemeinerung der exc. doli mali überhaupt, welche überdem gegenüber der bon. fid. a. insbeſondere noch eine intenſive Potenzirung gewann auf Grund des Gedankens, es könne jede ſpecielle exceptio der bon. fid. a. nicht allein als ſolches individuelle Rechtsmittel und ſomit in der gleichen Modalität, wie der condictio entgegengeſtellt werden, ſo z. B. als exc. leg. Cinciae, ſondern es könne dieſelbe jener erſteren Klage gegenüber auch in der Weiſe zur Geltung gebracht werden, daß dabei der Moment als maaßgebend in das Auge gefaßt und proceſſualiſch verwerthet wird, wie ja doch der Kläger durch vorſätzliche Nichtbeachtung ſolcher Exception und des entſprechenden Rechtsanſpruches des Beklagten ſeinerſeits durch Erhebung der bon. fid. a. die bona fides verletze und ſomit eines dolus malus in jenem weiteren Sinne der aequitas ſich ſchuldig mache, demgemäß aber der ſo durch die Klagerhebung begangene dolus malus des Klägers die exc. doli mali

für den Beklagten begründe (A. 1613). Und da nun dieſe Einrede des dolus malus in der bon. fid. a. zur defensio ipso iure ſich geſtaltet (A. 1088 fg.), ſo gelangen auf Grund jener Prämiſſe zugleich alle jene manichfaltigen Einreden, die ſo von der exc. doli mali in ſich aufgenommen und umfaßt werden, durch deren Mittel zur Gleichſtellung mit jenen bereits von Alters her zur defensio ipso iure verwieſenen, auf dem hier maaßgebenden Principe der aequitas beruhenden Gegenanſprüchen, d. h. es werden dieſelben in dem Gewande der exc. doli ſelbſt der defensio ipso iure theilhaft, dafern nur mit ihnen in der angegebenen Modalität ein dolus malus des Klägers in dem obigen weiteren Sinne ſich verbindet (§ 132).

Und endlich wiederum in Bezug auf den dritten Punkt vollzieht ſich darin eine Neubildung, daß dem weſentlichen, tolerabelen, ſchädigenden Irrthume in der Willensbeſtimmung von Seiten der Rechtswiſſenſchaft die Bedeutung einer darin belegenen, nach der aequitas relevanten Intereſſen-Verletzung für den Irrenden beigemeſſen und auf Grund deſſen nun dem Letzteren geſtattet wird, innerhalb der bon. fid. a. ſolchen error gegenüber dem denſelben mißachtenden Anſpruche des Gegners mit dem Effecte eines nach Maaßgabe der bona fides collidirenden Intereſſes durch Einrede ipso iure zur Geltung zu bringen (A. 1098). Und zwar während in zeitlicher Beziehung die vorhergehende Periode ſolcher Relevanz-Erklärung des error noch gänzlich fern ſteht, indem weder Cicero (§ 37 A. 1377), noch das Edict Pacta conventa (§ 116) der Benutzung vom error des Mitintereſſenten als verpönt gedenken, ſo tritt nun ſolche Theorie in der Zeit der Schulen hervor, wo Lab., Javol. und Cels.[1557]) als die früheſten Juriſten in ſolcher Beziehung genannt werden (vgl. § 59), und erfährt von da ab ſchrittweiſe ihre doctrinelle Durchbildung[1558]), eine Thatſache, womit

---

1557) Lab. bei Paul. de Jur. et fact. ign. (D. XXII, 6, 9. § 2) und bei Ulp. 33 ad Sab. (D. XXIV, 1, 32. § 27), 71. 76 ad Ed. (D. XXXIX, 5, 18. § 3. XLIV, 4, 4. § 5); Jav. bei Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 4); Cels. 5 Dig. (D. XII, 1, 32) und bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 4, 3. § 8), woſelbſt auch Cass. und Sab. genannt ſind. Vgl. A. 657 b.

1558) Während Marcell. 6 Dig. bei Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 1, 9. § 2) dem error in substantia die Relevanz als error abſpricht, ſolchen nur dem error in re zuerkennend, ſo daß der erſtere nur vom Geſichtspunkte der

wiederum im Zuſammenhange ſteht, daß Verhältniſſe, die an und für ſich dem Geſichtspunkte eines Irrthumes in der Willensbeſtimmung am Angemeſſenſten ſich unterordnen, nicht dieſem, als vielmehr der Sphäre der bereits durchgebildeten cond. ob caus. von der Theorie überwieſen werden, wie ſolches mit den Vorkommniſſen beſchieht, daß Jemand ein wirkliches Debitum mit einem juriſtiſch nicht adäquaten, vielmehr weſentlich verſchiedenen Objecte irrig bezahlt; daß ſodann Jemand einen Anderen irrthümlich für ſeinen Gläubiger hält und an dieſen ein wirkliches Debitum bezahlt; daß ferner Jemand den Anderen irrig für den procurator ſeines wahren oder vermeintlichen Gläubigers hält und an Jenen Namens des Letzteren zahlt; daß endlich Jemand irrthümlich ſich für den Schuldner eines wirklichen Gläubigers hält und ſo als falsus debitor zahlt.[1559]) Im Uebrigen aber prägt in jener Rechtsordnung bezüglich des error eine durchaus eigenthümliche Singularität ſich aus: denn während alle übrigen juriſtiſchen Vorgänge, auf welche eine Einrede des mit dem gegneriſchen Anſpruche collidirenden, nach Maaßgabe der aequitas relevanten Intereſſes ſich ſtützen und ſo die Reſciſſibilität oder Nullität ſolchen Anſpruches ſich begründen läßt, zugleich als Grundlage ebenſowohl einer Klage, als auch eines Gegenanſpruches auf Schadenerſatz oder auf Reſtitution einer Bereicherung ſich qualificiren, ſo daß darauf je nach Lage der Dinge auch wiederum ebenſo ein Klaganſpruch, wie die Minderung eines gegneriſchen Klaganſpruches ſich ſtützen läßt; ſo iſt dem error allein ſolche juriſtiſche Bedeutung und praktiſche Verwerthung verſagt: derſelbe begründet weder eine a. de errore oder die bon. fid. a. in Function einer ſolchen,[1560]) noch einen Compenſationsanſpruch, indem vielmehr demſelben einzig und allein jener obige Effect zukommt, auf Grund des Momentes der darin belegenen relevanten Intereſſen-Verletzung des

---

reticentia aus, ſomit gleichwie ein error in qualitate Relevanz gewinnt, ſo wird von Jul. 3 ad Urs. Fer. (D. XVIII, 1, 41. § 1) und Ulp. l. c. (D. cit. und fr. 14) derſelbe als relevant anerkannt; vgl. Voigt, im Archiv f. civ. Prax. LIV, 217 fg.

1559) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 582. § 75 unter C. B. A.

1560) Vielmehr kann auf Grund des error nur rei vindicatio oder cond. indeb. oder bon. fid. a. in Function der letzteren begründet ſein, ſo z. B. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 5).

Irrenden die Nullität des gegneriſchen Anſpruches zu ergeben; oder mit Einem Worte: nicht die Benutzung an ſich des gegneriſchen error, als vielmehr lediglich die Geltendmachung ſolcher Ausnutzung durch Klage involvirt eine Verletzung der bona fides und conſummirt den Thatbeſtand einer weſentlichen Verſchuldung des Schädigers, demgemäß die den error betreffende Rechtsordnung als lex imperfecta, nicht aber als lex perfecta ſich qualificirt. Und wenn daher hierin die theoretiſche Stellung des error auf das Schroffſte contraſtirt namentlich mit der von dolus malus und vis, ſo erklärt ſich nun ſolche verſchiedene Behandlung vornämlich aus der durchaus verſchiedenen Beſchaffenheit der in jenen Vorkommniſſen enthaltenen Verletzungen des Geſchädigten: denn bei dolus malus und vis iſt es der Bereicherte, von dem die initiative und jene Schädigung unmittelbar herbeiführende Thätigkeit ausgeht: derſelbe ruft planmäßig und böswillig ſolche Störung in's Daſein und dies mittelſt ſeiner durchaus entſcheidenden Action; dagegen bei Benutzung des andersſeitigen error führt der Gegner ſolche Schädigung nicht herbei, ſondern findet ſie bereits vor, und verhält ſich ſomit nicht in entſcheidender Activität, ſondern benutzt einfach die Verhältniſſe, lediglich das entgegenehmend, was der error des Mitintereſſenten freiwillig ihm bietet und entgegenbringt. Gerade dieſer Unterſchied aber im Thatbeſtande von dolus malus und vis und von error iſt ebenſo vom praktiſchen, wie vom moraliſchen Geſichtspunkte[1561]) aus ſo gewichtvoll, daß daraus jene verſchiedene juriſtiſche Stellung Beider ganz wohl ſich rechtfertigt.

Je mehr indeß auf ſolche manichfache Weiſe, wie dargelegt, die auf die aequitas ſich ſtützenden Einreden ſich vermehrten und insbeſondere die exc. doli mali ſich verallgemeinerte, um ſo mehr wurde es unſicher, ob der Richter ſolcher ipso iure geltend gemachten Einrede auch Beachtung ſchenken werde: denn es lag diesfalls durchaus in dem Ermeſſen des Richters, ob er den vom Beklagten vorgeſchützten Defenſionalmomenten Beachtung und Anerkennung ſchenken und die Bedeutung beimeſſen wolle, denſelben von einer Verpflichtung zu entbinden, die abgeſehen von

1561) Denn ſo werden dolus malus und vis und die Benützung des error nach ganz verſchiedenem Maaße bemeſſen bei Cic. de Off. III, 23, 91 fg. Im Uebrigen vgl. S. 168 fg.

dem urgirten klägerischen Verhalten dem Beklagten oblag. Und indem das hierin belegene Risico vermieden wurde, sobald es dem Beklagten gelang, den ius dicens zur Ertheilung der Vorschrift an den Richter zu bestimmen, daß dieser das betreffende Defensionalmoment zu beachten habe, so griff man nun zu dem Auswege, die betreffende Einrede als exceptio bereits in iure vorzuschützen und so dieselbe sei es als exc. doli mali im Allgemeinen (§ 132), sei es als specielle exc., so z. B. quod met. c. in die formula der bon. fid. a. mit aufnehmen zu lassen, ein Verfahren, wodurch somit die auf ein Postulat der aequitas gestützte exc. Eingang auch in die formula der bon. fid. a. fand.[1562])

§ 129.

Fortsetzung.

Die bonae fidei actio als Centralorgan der aequitas.

Neben der Tendenz, die bon. fid. a. in der in § 128 dargelegten Vielseitigkeit im Dienste der damni ratio zu verwenden, gelangte in der gegenwärtigen Periode auch der Gedanke zur Geltung, daß die bon. fid. a. berufen sei, in allseitiger und erschöpfender Maaße die Postulate der aequitas im großen Ganzen in sich aufzunehmen und zu verwirklichen. Und zwar ist dieser Gedanke die einfache logische Consequenz von Prämissen, welche gegeben sind theils unmittelbar in der bon. fid. a. selbst und deren reflexiver Sphäre, theils aber auch in dem Lehrbegriffe des dolus malus. Denn indem man einerseits der aequitas bereits in der vorigen Periode die Vertretung der voluntatis ratio überwies und im gegenwärtigen Zeitraume auch die sanguinis und arbitrii ratio doctrinell

1562) Vgl. Keller, Civ. Pr. A. 382: „oft mochte man anstehen, ob exceptio nöthig oder ob Sinn und Verständniß der actio pura ausreichen werde": Paul. 29 ad Ed. (D. XIII, 5, 17): aequum est sucurri reo aut exceptione aut iusta interpretatione, sowie die weiteren Citate bei Keller, vor Allem aber Paul. de Conc. act. (D. XLIV, 7, 34. § 1): altera actio alteram perimit aut ipso iure aut per exceptionem, quod tutius est, wozu vgl. Birkmeyer, Exceptionen 248 fg. Diesem Gesichtspunkte unterfällt auch die exc. mercis non traditae und doli mali in A. 1093, welche zur defensio ipso iure in einer alternativen Concurrenz steht, somit die letztere in thesi keineswegs ausschließt.

unterſtellte (§ 140), dabei aber auch wiederum die bona fides in ihrer alten Stellung als ſubjectives Correlat der aequitas beließ und damit nun dieſelbe in Bezüglichkeit zu allen jenen von der letzteren vertretenen Principien ſetzte (Beil. VII § 7); indem man ſodann andrerſeits den dolus malus als die Negation der aequitas in ihrer Totalität auffaßte und dem entſprechend der doli mali exc. die defenſive Geltendmachung der aequitas in ſolchem weiten Umfange überwies, zugleich aber auch wiederum ſolchen dolus malus mit der Verletzung der bona fides identificirte (§ 132); ſo gelangte man hierdurch allenthalben zu jener Conſequenz, daß die bon. fid. a. Centralorgan aller jener Principien der aequitas ſei, insbeſondere aber ebenſo dieſe Klage an ſich zu einer aggreſſiven Durchführung jener Principien berufen ſei, als auch derſelben gegenüber jener dolus malus in aller und jeder Kundgebung Seitens des Klägers ein Defenſionalmoment für den Beklagten ergebe. Denn was insbeſondere dieſen letzteren Punkt anbetrifft, ſo prägt ſich, wie in § 90 dargelegt, in der bon. fid. a. der Geſichtspunkt aus, daß jeder Anſpruch ebenſo nach Recht, wie nach Pflicht auf die bona fides geſtellt iſt, in der Weiſe, daß jeder der beiden Intereſſenten, indem er ein Recht geltend macht, damit auch keine durch die bona fides gebotene Pflicht verletzen darf, ſomit alſo der Rechtsanſpruch ebenſo nach der bona fides des Verpflichteten begründet ſein, wie auch in ſeiner Geltendmachung nicht der bona fides des Berechtigten widerſtreiten darf, und daher inſofern das das aequum et bonum in der That zugleich ein par oder aequabile ius iſt.[1563])

Jene theoretiſche Conſequenz aber konnte in Wahrheit ohne inneren Widerſpruch ihre praktiſche Verwirklichung in der Richtung der Defenſive erfahren: denn indem hier dem klagbar gemachten Rechte ein anderes und zweites Recht entgegentritt, welches, das erſtere in ſeiner Weſenheit unberührt laſſend, ſeinen ſelbſteigenen Geſetzen folgt, ſo wird die Natur der bon. fid. a. ſelbſt dadurch nicht unmittelbar berührt, daß derſelben eine Einrede ſich gegenüberſtellt, welche aus den obigen Principien und deren

1563) Vgl. Beil. I und A. 1330; insbeſondere auch Diocl. im C. Just. III, 38, 3: in bon. fid. iudiciis et quod inaequabiliter factum esse constiterit, in melius reformabitur.

practiſcher Geltung ſich herleitet. Und ſo nun iſt nach dieſer Richtung hin jene Conſequenz in der That im römiſchen Rechte auch verwirklicht worden: die bon. fid. a., dafern der dadurch verfolgte klägeriſche Anſpruch in Conflict mit einem der drei Realprincipien der aequitas tritt: mit der damni oder voluntatis oder sanguinis ratio, wird elidirt durch die defenſive Geltendmachung ſolcher Colliſion Seitens des Beklagten. Allein indem ſolche Einrede civilrechtlich dem Geſichtspunkte der exc. doli mali ſich unterordnet, ſo unterfällt die Darlegung dieſer Ordnung im Einzelnen am Angemeſſenſten der Darſtellung von § 132.

Was dagegen die Aggreſſive betrifft, ſo liegt in der obigen Conſequenz die Poſition, daß die bon. fid. a. berufen ſei, wie die damni ratio, ſo auch die voluntatis und sanguinis ratio in deren Unterſätzen zu ſelbſteigener klagweiſer Geltendmachung zu vermitteln. Dieſe Poſition aber enthält nun in der That einen inneren Widerſpruch, der durch die hiſtoriſche Ausprägung dieſer Principien ſelbſt gegeben iſt. Denn indem die bon. fid. a., als eines der berufsmäßigen Organe der damni ratio, in dem bon. fid. negotium ihr principielles Centrum findet, in deſſen Structur nämlich, auf fides bona: auf Abweiſung der ungerechtfertigten Schädigung, wie der ungerechtfertigten Bereicherung fundirt zu ſein, ſo ſteht hierbei dieſelbe in Wahrheit in keiner organiſchen Beziehung zur voluntatis und sanguinis ratio. Denn die letztere findet gar nicht in der Beſchaffenheit eines negotium, als vielmehr in gewiſſen wechſelſeitigen perſönlichen Beziehungen der Intereſſenten zu einander ihr principielles Centrum (§ 149), ſo daß dieſe Centren auf Seiten der damni und der sanguinis ratio völlig heterogen ſind. Und ſodann die voluntatis ratio hat in dem nudae voluntatis negotium ihr principielles Centrum (§ 15), welches ſelbſt wieder mit dem bon. fid. negotium keineswegs ſich deckt, da ebenſowohl ſolenne Geſchäfte, wie die fiducia, bon. fid. negotia waren oder auch ohne dies eine bon. fid. a. erzeugten, wie die dotis mancipatio, als auch wiederum unſolenne Geſchäfte, wie die mutui datio, stricti iur. negotia waren und condictio erzeugten. Daher vertritt die bon. fid. a. an und für ſich die voluntatis ratio nicht kraft eigener Macht und Berufung, als vielmehr nur in Folge des zufälligen Zuſammentreffens beider Principien in ein und derſelben Rechtsfigur: in Folge des Umſtandes, daß das be-

treffende bon. fid. negotium zugleich ein nudae voluntatis actus war. Und lediglich unter dieſer beſchränkten Vorausſetzung gewinnen denn auch Wahrheit, wie Geltung die Sätze, daß für die bon. fid. a. die unſolenne Willensäußerung zur Perfection des klagerzeugenden Rechtsgeſchäftes genüge,[1564]) und daß der Conſens das rechtsverbindliche Element für ſolches Geſchäft ergebe.[1565]) Denn das ſolenne bon. fid. negotium wird zwar gleichmäßig, nicht aber in tiefergreifender Maaße, als das ſolenne stricti iur. negotium, betroffen von den hiſtoriſchen Wandelungen, denen die verbi ratio in dem gegenwärtigen Zeitraume unterlag (§ 55. 57).

Dennoch aber iſt in der That die obige Conſequenz auch in der aggreſſiven Function der bon. fid. a. in vereinzelten Punkten zu hiſtoriſcher Ausprägung gelangt. Und zwar iſt dies der Fall auf Seiten der voluntatis ratio bezüglich des pactum adiectum, deſſen Klagbarkeit, an und für ſich auf den Gegenſatz des nudae voluntatis und solennis actus angewieſen, doch in der hiſtoriſchen Entwickelung ſich abhebt von dieſem Gegenſatze, vielmehr, an ſich inconſequenter Weiſe, an den Gegenſatz des bon. fid. und stricti iur. contractus angeknüpft wird in der Weiſe, daß jenes pactum nur dann, wenn es mit dem erſteren, nicht aber, wenn es mit dem letzteren contractus ſich verbindet, Klagbarkeit gewinnt,[1566]) ſomit

---

1564) So Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 1): inprimis sciendum est in hoc iudicio (sc. ex emto) id demum deduci, quod praestari convenit; quum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est, wozu vgl. S. 94. Dann wiederum Scaev. 2 Resp. (D. XIX, 1, 48) und Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 4. § 1): ſ. S. 94; ſowie Pap. 2 Quaest. (D. XXII, 1, 1. pr.) und Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 31. § 20), 10 ad Ed. (D. cit. 37): ſ. S. 95. Endlich Paul. 9 ad Ed. (D. III, 5, 7): tantundem in bon. fid. iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio.

1565) So Boëth. in Top. p. 378: in his (sc. bon. fid. iudiciis) —, qui fuerit animus contrahentium quaeri solet; Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 17, 116. pr.): consensus —, qui et bonae fidei iudicia sustinet; 7 Disp. (D. XVII, 1, 29. § 4): de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare.

1566) Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 5): solemus dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis; vgl. Jav. 5 ex Post. Lab. (D. XVIII, 1, 79); Pap. 10 Quaest. (D. cit. 72. pr.), Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 6. 7), 42

aber, dafern dem unſolennen stricti iur. contractus, ſo der mutui datio beigefügt, klaglos verbleibt.[1567]). Und nicht minder iſt auf dieſe Weiſe auch zu erklären die proceſſualiſche Beſonderheit der bon. fid. a., welche berichtet

Paul. sent. rec. II, 17, 14: in eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum oblatio sine causa desideratur, si quo (i. e. quo alio) modo voluntas de fide contractus possit ostendi,

und welche darauf zurückgeht, daß bei dem bon. fid. contractus nicht das scriptum, ſondern das actum maaßgebend iſt.[1568])

Und ſodann wiederum auf Seiten der sanguinis ratio prägt die obige Conſequenz ſich aus in dem Satze, daß die Blutsverwandt-

---

ad Sab. (D. II, 14, 50); Herm. 2 Jur. ep. (D. XVIII, 1, 75); Diocl. im C. Just. II, 3, 13. Vgl. A. 1368, ſowie Pap. 1 Resp. (Huſchke, Jurispr. Antei. 351): inter virum et uxorem pacta non solum verbis, sed et voluntate contrahentium constituuntur, ut neuter coniugum locupletior fiat, wo ſomit ein Rechtsſatz der voluntatis ratio geradezu auf die damni ratio geſtützt wird.

1567) Proc. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 1, 11. §) 1; insbeſondere bezüglich des pactum de usuris: Afr. 8 Quaest. (D. XIX, 5, 24); Marcell. 5 Dig. (D. XV, 3, 10. § 5); Paul. sent. rec. II, 14, 1; Sev. und Car. im C. Just. IV, 32, 3. Car. daſ. c. 7. vgl. Anton. Pius daſ. c. 1. Car. daſ. II, 3, 28. ſowie A. 1420. Savigny, Syſt. VI, 130 l. — Savigny ſelbſt begründet dieſen Satz dadurch, es ſei eine Klage auf Zinſen um deßwillen unmöglich geweſen, weil die einzig mögliche Klage die certi cond. war; allein theils ergaben doch die Zinſen, bis zur Lit. Cont. berechnet, in der That ein certum (§ 137), theils hinderte ja Nichts der certi cond. die incerti zu ſubſtituiren, theils wurde ja doch ſingulärer Weiſe bei Darlehen von Stadtgemeinden, wie bei foenus nauticum (welches nicht in Stipulation ſich kleidet) Klage aus dem pactum adiectum de usuris gegeben: Paul. Reg. (D. XXII, 1, 30), ſowie Scaev. 6 Resp. (D. XXII, 2, 5. § 1), Paul. 3 ad Sab. (D. cit. 7). — Jene Fundamentalordnung ſelbſt aber ward wiederum aufgegeben nicht nur in den letztbezeichneten Fällen, ſondern auch bei Darlehen von Getreide: Alex. im C. Just. IV, 32, 12. vgl. Diocl. daſ. c. 23., Modificationen, welche auf die voluntatis ratio zurückgreifen und auch bei der Stipulation wiederkehren: A. 523; ſo namentlich Paul. 3 Quaest. (D. XII, 1, 40): pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur; vgl. Savigny, a. O. 127. Schilling, Inſt. § 331 Zuſ. 1. Keller, Inſt. 120 fg. Vgl. auch A. 1420.

1568) Wegen der entgegengeſetzten Vorſchrift hinſichtlich der Beweismittel für die a. fin reg. vgl. Voigt, in Ber. d. ſächſ. Geſch. d. Wiſſ. phil. hiſt. Cl. 1873. S. 82.

ſchaft genüge, um für die bon. fid. a. das zur Obligation erforderliche Intereſſe zu begründen:[1569])

Pap. 27 Quaest. (D. XVII, 1, 54. pr.): placuit prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam; 10 Quaest. (D. XVIII, 7, 7): etiam affectionis ratione recte agetur (sc. venditi);

insbeſondere aber die Vernachläſſigung der auf der sanguinis ratio beruhenden Moralpflichten des Pupillen Seitens des Vormundes die a. tutelae wieder denſelben begründe:

Jul. bei Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 2): nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad deminuendum, veluti si matri aut sorori, quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit; nam quum bonae fidei iudicium sit (sc. tutelae), nemo feret aut pupillum aut substitum eius quaerentes, quod tam coniunctae personae alitae sint. Quin imo posse eum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit.

Daher manifeſtirt ſich in dieſen Ordnungen allerdings die Tendenz, die Einzel-Conſequenzen der voluntatis, wie sanguinis ratio practiſch mit der bon. fid. a. zu verknüpfen und damit die letztere, ähnlich der doli mali exc. zu einem Centralorgane der aequitas zu erheben. Allein in Wahrheit ſind ſolches doch nur iſolirt gebliebene Anſätze, da an dem hiſtoriſch gegebenen inneren Widerſpruche jeder Verſuch einer allſeitigen Durchführung jener Verbindung ſcheitern mußte. Und in Folge deſſen iſt daher die hiſtoriſche Entwickelung und practiſche Geſtaltung der bezüglichen Verhältniſſe in der That niemals den aus den obigen theoretiſchen Prämiſſen ſich ergebenden Conſequenzen vollſtändig accomodirt worden.

§ 130.

Die formula petitoria.

Die formula petitoria tritt, obwohl erſt noch in beſchränkter Verwendung, bereits zu Ausgang der vorigen Periode auf: zwar

---

1569) Vgl. A. 817. 1747, ſowie Cohnfeldt, Intereſſe § 9.

nicht, wie mit Sicherheit aus Cic. in Verr. II, I, 45, 115. 116 zu entnehmen iſt, für her. petitio, wohl aber für specialis in rem actio und zwar nach Cic. l. c. II, 12, 31 (v. J. 684), Trebat. bei Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 33), Alf. 6 Dig. (D. VI, 1, 57), 3 Dig. epit. (D. VI, 1, 58) für rei vindicatio, ſowie nach Alfen. 2 Dig. (D. VIII, 5, 17. pr. § 1) und bei Ulp. 17 ad Ed. (D. VIII, 5, 8. § 5), wozu vgl. Cic. Orat. 21, 72 für confessoria und negatoria, und ſo nun zweifelsohne auch für Publiciana in rem, wie rescissoria und für Pauliana in rem.[1570])

In der gegenwärtigen Periode nun vollzieht ſich einestheils die Verallgemeinerung in Verwendung der formula petitoria auf die her. pet., wie auf die neugeſchaffenen speciales in rem actiones, ſo aus Emphyteuſe und Superficies, während anderntheils zugleich die theoretiſche Aus- und Durchbildung jener Klage nach Maaßgabe der hier fraglichen Principien der aequitas erfolgt, und dies ebenſo in ihrer dinglichen, als in der ihr inliegenden perſönlichen Beziehung (§ 85). Und zwar ſind es drei verſchiedene Organe der Rechtsbildung, welche bei ſolchem Proceſſe in ganz verſchiedener Weiſe betheiligt ſind: der Prätor, indem er die formula petit. als honorariſches Klaggebilde ſammt stipulatio iudicatum solvi geſchaffen, fundirt damit dieſelbe in ausgiebigem Maaße auf das Princip der arbiträren richterlichen Cognition; die kaiſerliche Legislation ſodann, indem ſie vornämlich für die her. pet. neue Ordnungen aufſtellt, erhebt hierbei ausgeſprochener Maaßen das Princip der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung zu weitgreifender Herrſchaft; endlich die Rechtswiſſenſchaft, indem ſie ebenſo die formula petit. im Allgemeinen in dem Detail ihrer Weſeneigenthümlichkeiten ausarbeitet, wie im Beſonderen auch für die her. pet. wiederum gewiſſe individuelle Rechtsſätze ſchafft, verwirklicht in ihren doctrinellen Sätzen durchgehends ebenfalls dieſes letztere Princip.

Was im Beſonderen nun die prätoriſche Partie jenes Klaggebildes anbetrifft, ſo trägt zunächſt die Formel an ſich ein vierfaches characteriſtiſches Merkmal in ſich: theils nämlich darin, eine unmittelbare d. h. nicht durch Prozeßſponſion vermittelte Formel zu ſein, theils ſodann in der intentio in ius conc.: Si

1570) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. 781. 786 fg.

parret rem, qua de agitur, ex iure Quir. Auli Ag. esse", welche, der Vindication der leg. a. nachgebildet, als ganz neue Conception in den römiſchen Formularproceß eintritt; dann ferner in der Reſtitutionsclauſel, welche, von der a. redhibitoria ihren Ausgang nehmend, bereits in der vorigen Periode noch manichfache andere Verwendung erfuhr; endlich in der condemnatio auf: Quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato", welche, von der cond. triticaria ausgehend, auf die Mehrzahl der actiones arbitrariae überging.[1570a])

Zuvörderſt nun jene beiden erſten Momente, indem ſie den Effect haben, den präjudizialen Gehalt des geſammten Prozeſſes zu beſeitigen, gewinnen damit nicht allein eine formale, ſondern auch eine tiefgreifende reale Bedeutung. Denn während die präjudiziale Entſcheidung der leg. a. sacr., wie des in rem agere per spons. lediglich die juriſtiſche Zuſtändigkeit an und für ſich allein des ſtreitigen Rechtes betraf, dagegen von aller weiteren Cognition über die aus der beſchehenen Rechtsverletzung ſich ergebenden pecuniären Conſequenzen abgeſchnitten war, ſo eröffnete dort das meritoriſche Urtheil dem Richter die Möglichkeit, neben jener Hauptfrage ebenſo auch dieſe financiellen Nebenfragen, wie aber auch die concreten Verhältniſſe des Streitsfalles ſeiner Cognition und Entſcheidung zu unterſtellen, und ſo namentlich auch interimiſtiſchen Hinderniſſen der Reſtitution Rechnung zu tragen. Und dies Alles verwirklicht ſich nun bereits in der pronuntiatio de restituendo.[1571])

Sodann die Reſtitutionsclauſel und die condemnatio begründen ein entſprechendes zwiefaches Richterurtheil: die pronuntiatio de restituendo, welche zur directen Entſcheidung über die Zuſtändigkeit des dinglichen Rechtes ſich geſtaltet und zwar in der Form eines Befehles auf Reſtitution des Klagobjectes oder aber der Entbindung von ſolcher, und die iudicatio, welche im Falle

---

1570a) Fälſchlich ſagt Mommſen, Beitr. II, 50, daß die a. arbitria in factum conc. ſchlechthin auf quanti ea res erit förmelte: die a. de alienat. iud. mut. c. facta (§ 71 unter B II) concipirte auf quanti interfuerit.

1571) A. 1493. So wegen omnis causa, Meliorationen und Impenſen: § 83 unter C 1; vgl. z. B. Cels. 3 Dig. (D. VI, 1, 38). Dies überſieht Keller, Civ. Pr. A. 324.

einer verurtheilenden pronuntiatio zur litis aestimatio und zur condemnatio in deren Betrag sich gestaltet, dabei aber immer noch eine absolutio des Beklagten aussprechen kann.

Während nun jene pronuntiatio parallel ist der iudicatio der leg. a., wie des agere per sponsionem, obwohl, wie bemerkt, darin von der letzteren sich unterscheidend, daß sie nicht, wie diese, präjudizial, sondern meritorisch sich hält, so ist wiederum die iudicatio der form. pet. parallel dem arbitr. lit. aestim. der leg. a. und des in rem agere per sponsionem (§ 96. 106), insofern hier wie dort eine lit. aestim. abgegeben wird, obwohl wiederum darin wesentlich sich unterscheidend, daß der arbiter litis aestimandae reiner Taxator ist, dagegen dem iudex der form. pet. zugleich eine condemnatio oder aber absolutio des Beklagten zufällt, wodurch wiederum dem Richter die Möglichkeit geboten ist, ebenso dem Gegensatze von Zufall und Verschuldung bezüglich der Nichtrestitution Relevanz beizumessen, wie weiterhin auch der besonderen Gestaltung der Verschuldung je als Dolus oder Culpa einen Einfluß einzuräumen, ein Moment, worauf derselbe namentlich durch die Rechtsordnung des iusiur. in litem hingewiesen war (§ 84 unter D). Im Uebrigen aber ergiebt sich aus Alle dem noch darin eine characteristische Eigenthümlichkeit der form. pet., daß diejenigen richterlichen Officien, welche bei der leg. a., wie beim in rem agere per spons. auf zwei verschiedene Processe sich vertheilen, dort zur Einheit des einigen Verfahrens in iure, wie der einigen Bestellung des iudex zusammengezogen sind und nur die Duplicität des Richterurtheiles hier, wie dort, noch festgehalten ist.[1572])

Anderntheils wiederum die stipulatio iudicatum solvi versieht als Prozeßorgan der form. pet. die gleiche Function, wie die datio praedis lit. vindic. und die stipulatio pro praede lit. vindic., im Vertragswege eine poena temere litigantis zu setzen, resp. deren Zahlung sicher zu stellen. Während es nun eine lediglich quantitative Verschiedenheit ist, daß dort das Duplum von res und fructus, hier dagegen das Simplum von res und das Duplum von fructus engagirt ist, da das Alterum Tantum der fructus in Wahrheit reine poena ist (§ 84 unter E), so wird dagegen in

1572) Diesen Moment allein hebt hervor Keller, a. O. § 28.

Folge der vorher dargelegten Momente eine sehr wesentliche Verschiedenheit zwischen jenen beiden Rechtsordnungen begründet: denn bei der leg. a. und dem agere per spons. ergiebt das erste Richterurtheil, die iudicatio, den dies veniens für die Obligation auf die poena temeritatis, bei der form. pet. dagegen das zweite Richterurtheil, somit ebenfalls die iudicatio. Und wie nun diese Verschiedenheit die temeritas selbst für beide Fälle ganz anders qualificirt (§ 78 unter 4. 6), so tritt in practischer Beziehung solche Verschiedenheit darin zu Tage, daß die poena temeritatis bei der leg. a. und dem agere in spons. unbedingt durch die Nichtrestitution verwirkt wird, bei der form. pet. dagegen trotz der Nichtrestitution noch in Wegfall gelangen kann, dort somit dieselbe verfällt, indem das zweite Richterurtheil überhaupt eintritt, hier dagegen dieselbe durch das zweite Richterurtheil noch erlassen werden kann.[1573])

Indem so daher der Prätor in allen jenen Punkten in der Richtung reformirend eingriff, eine größere Freiheit arbiträrer Cognition dem Richter einzuräumen, so blieben nun zwar die in der stipulatio iudicatum solvi ausgeprägten Neuerungen ohne weitere Entwickelung, wohl aber sind es die auf der formula an sich beruhenden Reformen, an welche die Rechtswissenschaft anknüpft, um die petitio in die Sphäre des Princips von der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung überzuleiten und damit für dieselbe eine Fülle ebenso neuer, wie wichtiger theoretischer Lehrsätze im Geiste der aequitas zu entwickeln und so zugleich jene Klage selbst in der tief- und weitgreifendsten Maaße umzugestalten: dieselbe zu einem eigenen Organe der aequitas zu erheben. Denn das meritorische Element der pronuntiatio de restituendo ward benutzt zur Geltendmachung der aequitas innerhalb der ächt dinglichen Function der petitio und zwar nach der Richtung des nemo lucrari cum damno alterius debet durch Einführung des Retentionsrechtes wegen impensae in Form der exc. doli mali[1574]) oder auch später der defensio ipso iure, sowie nach der Richtung des nemo damnum sentire per lucrum alterius

1573) Diesen Unterschied übersieht Keller, a. O. A. 320.

1574) Die Proponirung der exc. doli mali ist vier Jahr jünger, als die früheste Erwähnung der form. pet.

debet durch Aufstellung der Haftung des malae fidei possessor wegen der fructus ante lit. cont. consumti. Und sodann wiederum das meritorische Element der iudicatio diente als Stützpunkt für Ausführung jenes practisch so äußerst befriedigenden, theoretisch aber sehr kühnen Gedankens, der dinglichen Klage zugleich die Aufgabe einer persönlichen Klage: in deren Function als Bereicherungs-, wie Schädenklage mit zu übertragen, und so die obligatorischen Beziehungen, welche durch die Verletzung des dinglichen Rechtes zwischen den Parteien begründet zu werden pflegen, wie sie im Leben gleich als Annexum des dinglichen Rechtsverhältnisses auftreten, so auch juristisch als solches Annexum zu behandeln in der Weise, daß solches obligatorische Element als integrirender Bestandtheil des dinglichen Rechtsverhältnisses behandelt wird.

Auf die Details aber dieser Entwickelung ist in § 131 im Besonderen einzugehen.

§ 131.

Fortsetzung.

Die Ausbildung der formula petitoria durch die Rechtswissenschaft und das S. C. Iuventianum.

Indem die Rechtswissenschaft die allgemeinste Directive für Durchbildung der petitio in dem Principe der Repression der ungerechtfertigten Vermögensschädigung fand, so ist es im Besonderen ein dreifaches Motiv, welches für Aufstellung neuer Sätze bestimmend ward: theils sind es Ideen, welche in dem sich vollziehenden Ausbildungsprocesse der cond. ob caus. noch in regem Flusse: in schaffender Productivität und gestaltender Wirksamkeit begriffen waren; theils sind es Motive, welche bereits in der bon. fid. a. eine Ausprägung gewonnen hatten und resp. durch die a. redhibitoria an die Hand gegeben waren; theils endlich ist es eine der form. pet. durchaus originale Ordnung, welche in der dinglichen Verhaftung des malae fidei possessor wegen der fructus ante lit. cond. consumti und neglecti ausgeprägt ist, während wiederum die Differenzirung an sich der Stellung des Beklagten je als bon. und mal. fid. possessor aus dem Rechte des publicianischen Edictes entlehnt ist.

Zunächst nun der erste jener drei Momente findet seine prägnante Ausprägung vor Allem in der Gestaltung der petitio zu einer Bereicherungsklage: in der Verschmelzung der dinglichen Klage mit einer cond. ob caus. zur processualischen Einheit (§ 85 unter C), ein bildnerischer Prozeß, der auf den ersten Blick in hohem Maaße überrascht, weil damit eine Vereinigung der scheinbar unvereinbarsten Gegensätze vollzogen wird: denn die Zuständigkeit des Eigenthumsrechtes für den Kläger ergiebt ja das Klagfundament der Vindication, während die gleiche Rechtszuständigkeit für den Beklagten das Fundament der cond. ob caus. bildet. Dennoch aber ließ sich für die doctrinelle Reflexion auf zwiefachem Wege eine Vereinbarung jener Gegensätze gewinnen und zwar vor Allem auf die Weise, daß man für gewisse Fälle dem in dem Rechte begründeten Eigenthumsübergange aus Rücksichten der aequitas practisch den Effect negirte und somit, den neuen Eigenthümer gleich als Nichteigenthümer behandelnd, der in thesi erforderlichen cond. ob caus. eine Vindication substituirte. Und dieser Weg ist nun in der That schon frühzeitig d. h. bereits am Ausgange der Republik: von Alfen. Var., wie später dann von Cocceius Nerva nach Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 5. § 3) betreten worden: dieselben sprechen in gewissem Falle der rei vindicatio auch da noch eine Anwendbarkeit zu, wo die wesentliche Voraussetzung dieser Klage: das Eigenthumsrecht des Klägers in Wahrheit bereits verloren gegangen, vielmehr an dessen Stelle der Thatbestand der cond. sine causa getreten ist. Allein indem hier die Vindication geradezu an Stelle jener Condiction eintritt, nicht aber mit derselben verschmilzt, so wird zugleich die erstere nicht als dingliche, sondern als persönliche Klage behandelt d. h. als utilis einzig und allein wider den normal mit der cond. Verhafteten gerichtet: es ist hier die Condiction einfach mit der Vindication vertauscht, dabei aber die letztere durch einen Machtspruch ganz wesentlicher Attribute entkleidet, so daß sie in Wahrheit civilrechtlich persönliche Klage ist und nur processualisch zur Vindication sich gestaltet, ja selbst dies nicht ohne eine modificirende Fiction.[1575])

Auf einen noch anderen Weg ward sodann die doctrinelle Re-

1575) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. 804.

flexion hingewieſen durch das functionäre Verhältniß, in welchem die cond. sine causa zur rei vindicatio ſteht, als deren ſubſidiäres Complement: denn „ſobald und indem das der Vindication unterworfene Object durch einſeitige juriſtiſche Handlung des Beſitzers oder durch juriſtiſches Ereigniß — nicht aber durch Uſucapion — in das Eigenthum des Beſitzers übergeht und dadurch der Vindication ſich entzieht, tritt an Stelle der letzteren die cond. sine causa und reſp. furtiva ein zum Schutze der verletzten Intereſſen des früheren Eigenthümers.“ [1576]) Dieſes Verhältniß aber der letzteren Klage zu der erſteren legte nun die Idee ſehr nahe, daß da, wo das Fundament der vindicatio zwar im Beginn des Prozeſſes vorhanden war, im Laufe deſſelben aber verloren ging und durch den Thatbeſtand der cond. verdrängt wurde, die erſtere aus Zweckmäßigkeitsrückſichten nicht in ihrem Laufe zu ſiſtiren ſei, ſondern in Vertretung jenes ihres Complementes: der cond. ohne Weiteres fort zu fungiren habe. Und inſoweit wird nun ſolche extenſive Function in der That von Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Sab. (D. V, 3, 33. § 1. ſ. A. 967) der her. pet. beigemeſſen.

Allein bereits in noch früherer Zeit und ſo namentlich von Seiten des Lab. Procul. und Javol. hatte man der her. pet. die dogmatiſch weit abnormere Verwendung beigelegt, nach Maaßgabe des Axiomes pretium succedit in locum rei ſchon vom erſten Beginne d. h. von ihrer Einbringung in das ius ab auch auf diejenige Bereicherung ſich zu erſtrecken, welche, an Stelle einzelner res hereditariae tretend, der theoretiſchen Ordnung gemäß eigentlich der cond. sine causa unterfiel, eine Extenſion, die weiterhin dann von dem S. C. Iuventianum ſammt der bezüglichen oratio Hadriani ſanctionirt ward (§ 83 unter C 2 a). Allein wenn immer auch dieſe Extenſion noch weiter von der normalen Ordnung abweicht, als jene von Julian ſtatuirte, ſo empfahl ſich doch dieſelbe gerade für die her. pet. wegen der Beſchaffenheit der hereditas als eines aus zahlreichen Einzelſachen zuſammengeſetzten Vermögensconglomerates durch dringendſte Zweckmäßigkeitsgründe, durch die Rückſicht nämlich, dem Erbberechtigten eine Erleichterung in Verfolgung ſeines Rechtes zu verſchaffen, indem man denſelben von der Nothwendigkeit entband, wegen der einzel-

1576) Voigt, a. O. 756 fg.

nen vom Erbschaftsbesitzer veräußerten res hereditariae je eine besondere Klage, sei es rei vindicatio wider den dritten Besitzer, sei es cond. sine causa wider den bereicherten Veräußerer neben der her. pet. anzustrengen, vielmehr demselben zu gestatten, den Einzelanspruch der cond. zugleich mit dem erbrechtlichen Gesammtanspruche durch eine einige Klage zu verfolgen. Und hiermit ist wiederum in der Tendenz verwandt die von dem S. C. Iuvent. ausgehende Verwendung der petitio wider den Nichtbesitzer und auf Restitution des nicht besessenen Objectes (§ 83 unter A 1), worin jene Klage zwar nicht in ihrer sachlichen Beziehung: weil auf res ipsa, nicht aber auf die Bereicherung sich richtend, wohl aber in subjectiver Beziehung: weil wider den Nichtbesitzer der res aliena gerichtet, der Tendenz der cond. sich annähert, im Uebrigen aber die Abnormität solcher Verwendung der Klage zur Einfügung einer Fiction des vorhandenen Besitzes in dieselbe führt (A. 987).[1577] Insbesondere aber die dingliche Verhaftung des mal. fid. poss. (§ 83 unter A 3) wegen der fructus neglecti ist dem Lab. noch unbekannt,[1578] von Jul. 6 Dig. aber bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 4) bezüglich der her. pet. statuirt, und dann in dem Zeitalter von Sev. Alex. bei Paul. 16 Resp. (D. XXII, 1, 15) auch bei der rei vind. zur Anerkennung gebracht, wogegen bezüglich der fructus consumti jene Ordnung durch das S. C. Iuvent. bei der her. pet. und wohl ebenfalls in der Zeit Alexanders (C. Just. III, 33, 5) bei der rei vind. Geltung erlangte.

Und von dort aus vermittelte sich endlich mit Leichtigkeit ebenso die Uebertragung der her. pet., wie rei vind. auf einige verwandte Fälle (§ 83 unter B 2 a. b. d), als andrerseits auch die Extension beider Klagen in analoger Richtung (§ 83 unter B 1. 3) durch Anton. Phil. im C. Just. III, 31, 1. § 1 und Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 15. § 2), insgesammt Verwendungen, wo die dingliche Klage civilrechtlich die volle Natur der cond. sine causa oder furtiva annimmt.

Nicht minder entwickelte sich wiederum auf der anderen Seite

1577) Dies erkennt an Paul. 16 Resp. (D. XXII, 1, 15) s. A. 988.

1578) Lab. 4 Pith. (D. VI, 1, 78): si eius fundi, quem alienum possideres, fructum non coegisti, nihil eius fundi fructuum nomine te dare oportet.

in einem gewiſſen Parallelismus mit dem pretium succedit in locum rei die extenſive Verwendung der rei vindicatio in der Richtung des Axiomes res succedit in locum pretii, in der nun dieſelbe innerhalb des ius speciale in mehrfachen Fällen zur Anwendung gebracht wurde.[1578a])

Im Allgemeinen aber lag die hiſtoriſche Veranlaſſung zur Aufſtellung derartiger abnormer Sätze in den gegebenen hiſtoriſchen Verhältniſſen der Rechtsbildung ſelbſt: des Entwickelungsprozeſſes nämlich der condictiones ob caus. Denn es fällt der Ausgang jener Extenſionen bei Alfen. und Nerva in eine Zeit, wo der wiſſenſchaftliche Ausbildungsprozeß dieſer Klagen, nur erſt zur Unterſcheidung einer doppelten Unterart derſelben: der cond. non debiti und ex iniusta causa gelangt, noch in vollem Fluſſe und in ſtetiger Bewegung begriffen war und eine erſchöpfende doctrinelle Beſtimmung der ſyſtematiſchen Arteigenthümlichkeiten, wie eine abſchließende Definirung des weſentlichen Thatbeſtandes gegenüber verwandten Fällen für die einzelnen Unterarten der condictiones ob caus. noch nicht gewonnen hatte, insbeſondere aber die cond. sine caus. überhaupt noch gar nicht dem Thatbeſtande jener cond. ex iniust. caus. unterſtellt worden war (§ 133). Daher erklärt ſich hieraus jenes Experiment ebenſo des Alfen. und Nerva, wie des Lab., Proc. und Jav., die vindicatio in der Function einer cond. sine caus. und ſomit auch nach Aufhebung des klägeriſchen Eigenthumsrechtes, wie in rein perſönlicher Richtung zu verwenden. Und indem wiederum nach Ausbildung der cond. sine caus. die Veranlaſſung hinwegfiel, jene von Alf. und Nerva eingeſchlagene Bahn weiter zu verfolgen, ſo hat denn nun auch die rei vindic. nach ſolcher Richtung hin keine weitere Extenſion erfahren: lediglich auf das auf fremder Leinewand gefertigte Gemälde trug man noch jene vindicatio utilis über, hier wohl geleitet von dem Beſtreben, auf ſolchem Wege dem Berechtigten anſtatt des nackten Geldanſpruches der condictio einen perſönlichen Anſpruch auf Reſtitution des Objectes ſelbſt zu ſichern, da deſſen vielleicht bedeutender künſtleriſcher Werth bei der cond. ſehr leicht einen weit ungenügenderen Erſatz gefunden haben würde, als durch das Mittel der pronuntiatio de restit. und des iusiur. in

1578a) Voigt, a. O. 799 fg.

litem. Dahingegen die der ſpäteren Zeit angehörigen verwandten Extenſionen der petitio werden nunmehr, nach Ausbildung der cond. ob caus., zwar nicht mehr durch den Mangel eines anderen geeigneten Rechtsmittels dictirt, wohl aber durch die obigen Zweckmäßigkeitsrückſichten beſtimmt, Rückſichten, die nach jener Richtung hin um ſo leichter zur Geltung gelangen konnten, als der Vorgang eines Alfen., eines Lab., Proc. und Anderer das theoretiſche Bedenken einer Verwendung der petitio in Function einer cond. sine caus. entkräftete.

Zweitens ſodann ſind es die in der bon. fid. a. und reſp. in der a. redhibitoria bereits ausgeprägten Ideen, welche vor Allem die Normen darboten für die Geſtaltung der petitio zu einer Schädenklage (§ 85 unter B). Und ſo treten in dieſer Beziehung nicht allein jene Kategorien auf, welche bei der bon. fid. a. in deren Function als Schädenklage maaßgebend ſind: von Zufall und Verſchuldung, von Dolus und Culpa, ſondern es tritt auch die form. petit. den entſprechenden Thatbeſtänden entgegen: der verſchuldeten frustratio restituendi, der verſchuldeten Reſtitution am illegalen Leiſtungsorte, wie der verſchuldeten Vereitelung oder Beeinträchtigung der Reſtitution nach ihrem öconomiſchen Gehalte.

Insbeſondere aber ward für die Theorie der Relevanz je von Dolus und Culpa der Anſtoß gegeben durch das honorariſche Inſtitut des iusiur. in litem, während die Entwickelung der Relevanz vom Zufalle im Gegenſatze zur Verſchuldung aus freiem Antriebe von der Wiſſenſchaft der angehenden Kaiſerzeit aufgenommen wurde. Und zwar während die Proculianer die alte, bei der leg. a. und dem agere per spons. gültige Ordnung (A. 1164) feſthielten, daß derjenige, welcher bei der lit. cont. den Proceßbeſitz übernahm und ſomit insbeſondere die cautio iudic. solvi leiſtete, das periculum des Beſitzobjectes zu tragen hat, ſo entlaſteten die Sabinianer den possessor dieſer Haftung und übertrugen dieſelbe auf den Kläger[1579]).

1579) Die ſabinianiſche Lehrmeinung beruht auf dem Axiome: omnia iudicia esse absolutoria (A. 1709) und tritt auf bei Cass. in Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 40. pr.), ward aber bereits früher von Alf. 3 Dig. epit. (D. VI, 1, 58) und von Trebat. vertreten, wie Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1, 33) ergiebt, als auch ſpäter noch von der Rechtswiſſenſchaft für die rei vind.

Endlich boten die bon. fid. a. ſammt a. redhibitoria auch den Stützpunkt für die Theorie von dem Retentionsrechte, wie von der omnis causa; denn bezüglich der Impenſen ſtehen das Retentionsrecht und das Compenſationsrecht in vollkommenem Parallelismus[1580]), und nur das Rechtsmittel beider iſt von Born herein ein verſchiedenes: hier defensio ipso iure, dort exc. doli mali, neben welche jedoch ſpäter auch hier defensio ipso iure tritt[1581]). Dagegen bezüglich des Anhanges der Hauptſache gelangte man durch jene Vermittelung von dem beſchränkten Ausdrucke fructus, welchen die XII Taf., wie die stipulatio iudicatum solvi (A. 1156) boten, zu der allgemeinen Bezeichnung von causa rei oder omnis causa (§ 128).

Endlich wiederum dem publicianiſchen Edicte iſt entlehnt der leitende Geſichtspunkt, welcher der bona oder mala fides des possessor bei der dinglichen Klage inſoweit Relevanz beimißt[1582]), als daran eine verſchiedene Stellung deſſelben theils bezüglich der Haftung für fructus consumti und neglecti, theils bezüglich des Retentionsrechtes wegen impensae angeknüpft iſt, Rechtsordnungen, die dem Zeitalter Hadrians entſtammen[1583]) und hier

---

feſtgehalten nach Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 15. § 3: plerique aiunt), wo das plerique aiunt zugleich auf die diſſentirenden Proculianer hinweiſt. Dagegen die proculianiſche Lehrmeinung findet ſich bei Proc. in Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 40. pr.), wozu vgl. Ulp. cit.; und dieſe letztere Ordnung wiederum ward bezüglich des mal. fid. poss. bei her. pet. aufgenommen von Paul. cit.; vgl. § 84 unter D I.

1580) Vgl. insbeſondere Scaev. 1 Resp. (D. X, 2, 39. pr.), Paul. 3 ad Plaut. (D. X, 3, 14. § 1).

1581) Jene exc. doli wird bereits von Proc. bei Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 1. 27. § 5) ſtatuirt, wogegen die defensio ipso iure, auf her. pet. beſchränkt, erſt auf Grund des S. C. Iuvent. gegeben und zuerſt von Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 38) erwähnt wird. Nicht dagegen gehört hierher, daß wegen der Impenſen auf die zu reſtituirenden fructus die defensio iure ſchon früher ſtatthaft und bereits von Sab. bei Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 36. § 5) zugelaſſen iſt; denn: fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt: A. 1267.

1582) Jul. 7 Dig. (D. XXII, 1, 25. § 1. 2) und bei Paul. 3 ad Sab. (D. VII, 4, 13); 44 Dig. (D. XLI, 1, 37. § 2), 3 ex Min. (D. cit. 39), 1 ad Urs. Fer. (D. XXIX, 2, 45. § 4). Die doctrinelle Anknüpfung dieſes Rechtsſatzes an das publician. Recht erhellt namentlich aus J. Just. II, 1, 35 verglichen mit Veil. XXI § IV. VI unter 1.

1583) Bezüglich der fructus bei her. pet. kommen, wie obbemerkt, in

Hand in Hand gehen mit der Aufstellung des Satzes, daß die bon. fid. possessio auch Eigenthumserwerb an den fructus durch Separation, sowie an demjenigen begründet, was der als Sclave bona fide Besessene ex operis suis oder ex re possessoris erwirbt[1584]), und an welche sich dann auch das S. C. Iuvent. darin anschließt, daß dieses je mit bon. oder mal. fid. possessio auch eine verschiedene Haftung wegen des facere quominus possideat oder bezüglich des pretium succedere in locum rei verbindet.

Endlich das S. C. Iuventianum v. 129 griff reformirend nur in die her. pet. ein und zwar lediglich in dem doppelten Punkte, daß es auf diese Klage das Proceßdelict des facere quominus possideat (§ 77) überträgt und sodann ebenso in dieser Beziehung, wie hinsichtlich des pretium succedere in locum rei die bona und mala fides des possessor zur Relevanz erhebt (§ 83 unter A 1. C 2 a). Allein die Rechtswissenschaft benützte die hierin gegebenen Stützpunkte, um die her. pet. in viel weitergehender Maaße nach der Richtung der aequitas zu entwickeln, als dies bei der specialis in rem actio geschah, so namentlich bezüglich der Haftung für impensae (§ 83 unter C 1), des pretium succedere in locum rei (§ 83 unter C 2) und der casuellen Unmöglichkeit der Restitution (§ 84 unter D 2).

Nach Alle dem daher ward die form. petit. durch den Prätor als eine neue Figur geschaffen und gestaltet, dabei aber in ihren Grundverhältnissen an ihre Vorgänger: die leg. a. und das agere per sponsionem angelehnt und lediglich durch gewisse Modifica-

---

Betracht theils das S. C. Iuvent., theils Jul. 6 Dig. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 4); bezüglich der impensae vgl. Cels. 3 Dig. (D. VI, 1, 38), Jul. 8 Dig. bei Ulp. 17 ad Ed. (D. cit. 37).

1584) Vgl. Wetzell, Vind. Pr. 33. Dagegen gehört bereits dem Ausgange der vorigen Periode an die Theorie, für diejenige Usucapion, welche die possessio in dominium umsetzt, ebenso bona fides, wie iustus titulus zu erfordern; vgl. in ersterer Beziehung Beil. XXI § XVII, in letzterer Beziehung Voigt, Cond. ob caus. § 35; im Allgemeinen vgl. Stintzing, Wesen von bona fid. und iust. tit. 8 fg. Die gegentheiligen Aufstellungen von Scheurl, Beitr. II, 29 fg., daß von Anfang an zur Usucapion bon. fid., wie iust. tit. erforderlich gewesen seien, sind, was diese Affirmative betrifft, völlig unerwiesen gelassen, während in der Controverse gegen Stintzing ebenso die historische Auffassung des Thema's mangelhaft ist, wie an Stelle von Gegenargumenten Sophismen und nicht stringente Deductionen treten.

tionen eine Reform im Einzelnen herbeigeführt. Allein dieſe Modificationen wurden von der Rechtswiſſenſchaft bis zur vollſtändigen Neugeſtaltung der dinglichen Klage im Dienſte der aequitas weiter entwickelt und durchgebildet. Und während die honorariſche Rechtsbildung der aequitas nur in der Richtung der arbiträren richterlichen Cognition einen Spielraum eröffnete: in der meritoriſchen Geſtaltung der pronuntiatio de restituendo, wie der iudicatio und in Ermächtigung des Richters zur Entſcheidung über die Zulaſſung des iusiur. in litem, ſo vollzog nun die Rechtswiſſenſchaft in Verbindung mit der kaiſerlichen Legislation die Ueberleitung des Principes der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung auf die form. petit.: in deren Geſtaltung zur Bereicherungs-, wie zur Schädenklage, in der Zulaſſung des Retentionsrechtes, in der Differenziirung der bon. und mal. fid. possessio, insgeſammt Momente, in denen die her. pet. noch in viel weitergreifender Maaße als die rei vind. nach Maaßgabe der aequitas durchgebildet wurde. Immerhin aber hat die form. petit. niemals zu der Vielſeitigkeit ſich entwickelt, welche die bon. fid. a. in ihrer Stellung als Aequitätsklage auszeichnet, indem derſelben zahlreiche Verwendungen ebenſowohl als Schädenklage, wie als Bereicherungsklage verſagt bleiben, ſo z. B. dort als a. de dolo, hier als Impenſenklage (§ 85).

Dagegen von Elementen des rigor findet ſich in der form. petit. theils die durch die stipulatio iudicatum solvi begründete poena temeritatis der fructus maiores, die indeß von der Rechtswiſſenſchaft darin nach dem Geſichtspunkte der aequitas modificirt wird, daß derſelben im Falle der caſuellen Vereitelung der Reſtitution derogirt wird, theils das von dem S. C. Iuventian. adoptirte Proceßdelict des facere, quominus possideat, das jedoch inſoweit unter dem Einfluſſe der aequitas ſteht, als je bei bon. oder mal. fid. possessio die Haftung eine verſchiedene iſt.

Alle jene für die form. petit. gewonnenen Rechtsſätze boten nun aber zugleich das Vorbild und gewiſſermaaßen den Normaltypus für alle übrigen actiones arbitrariae, inſofern ja dieſelben proceſſualiſch die gleiche Structur, civilrechtlich aber in der Pflicht zum rem restituere, exhibere oder dergl. den entſprechenden ökonomiſchen Gehalt boten, und ſo insbeſondere hinſichtlich der Unmöglichkeit oder Mangelhaftigkeit der Reſtitution je in Folge von

Zufall oder Verſchuldung, Dolus oder Culpa oder des ſpäteren Eintrittes der Möglichkeit der Reſtitution in Folge des Beſitzerwerbes nach der lit. cont.[1585]), ſodann hinſichtlich des Quantums der Reſtitution mit Rückſicht auf omnis causa[1586]), wie impensae necessariae[1587]), und ſo endlich auch hinſichtlich der Rechtswirkungen des facere quominus possideat, inſofern die Klage wider den juriſtiſchen oder abgeleiteten Beſitzer oder den Eigenthümer ſich richtet[1588]), wie nicht minder hinſichtlich des iusiurandum in litem.

§ 132.

Die actio und exceptio doli mali und quod metus causa.

Indem mit der gegenwärtigen Periode die in § 116 dargelegten Veränderungen in der Conception des Edictes Quod per vim et metum ablatum erit, iudicium dabo eintraten und insbeſondere das ablatum durch ein gestum erſetzt ward, ſo erfuhr damit die a. quod met. c. die in § 118 hervorgehobene Beſchränkung ihrer Sphäre: dieſelbe reducirte ihre Anwendbarkeit auf die Fälle, wo die Willensbeſtimmung des Mitintereſſenten bei einem Rechtsacte oder bei der einem Rechtsgeſchäfte unterliegenden causa[1589]) durch vis beeinflußt war. Und wie damit von dieſer

1585) In erſterer Beziehung bei a. ad exhibendum: Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 7. § 5), Paul. 26 ad Ed. (D. cit. 12. § 4); bei a. quod met. c.: Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 11); a. depositi: Sab. und Cass. bei Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XVI, 3, 14. § 1); vgl. A. 957. In letzterer Beziehung bei a. ad exhibendum: Proc. und Pegas. bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 30. pr.); Jul. 9 Dig. (D. X, 4, 8) ſ. § 83 unter A 2; a. depositi: Nerat. bei Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 21). Vgl. § 139 unter A 2. 3.

1586) So bezüglich der a. in factum aus dem Edict Quae Lucius Titius fraudandi causa: Ulp. in A. 1586 cit.; a. quod met. c.: Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38); a. ad exhibendum: J. Just. IV, 17, 3. vgl. A. 959.

1587) So bezüglich der a. in factum aus dem Edict Quae Lucius Titius fraudandi causa: Ulp. 73 ad Ed. (D. XLII, 8, 10. § 20), oder der a. hypothecaria: Paul. 5 Resp. (D. XX, 1, 29. § 2).

1588) S. A. 938; vgl. im Allgemeinen Henr. Frima, de action. arbitrar. Groning. 1845 cap. II fg.

1589) Letzterenfalles fungirt die a. quod met c. als cond. ob caus. und in Concurrenz mit ſolcher: Voigt, Cond. ob caus. § 72 unter 9. Dafern jedoch die Solution einer rechtsbegründeten Obligation durch vis oder auch

Klage alle Thatbeſtände ausgeſchloſſen wurden, wo ohne das Mittel eines Rechtsactes die vis verübt wird, ſo wird nun einerſeits in Conſequenz hiervon in dem edictum perpetuum die vis aus der betreffenden Edictsclauſel ausgeſchieden (§ 116), während andererſeits für jene letzteren Thatbeſtände neben der bereits in der vorigen Periode proponirten ſpeciellen Klagen (§ 118) auch jetzt noch weitere dergleichen geſchaffen werden: die a. bonorum raptorum ex incendio, ruina, naufragio nach Edict in Dig. XLVII, 9, 1. pr. und die a. vi bonorum ademtorum adversus publicanos (A. 1430). Und nicht minder wird jetzt wegen vis auch die a. restitutoria, wie rest. in int. extra ordinem ertheilt (§ 134).

Dagegen bezüglich der a. de dolo war die nach § 116 eintretende redactionelle Abänderung des Edictes unweſentlich: dieſelbe greift nach wie vor nicht bloß in dem Falle Platz, wo ein gerere durch den dolus malus beeinflußt wird, ſondern auch da, wo auf anderem Wege ſolcher dolus eine Schädigung herbeiführt, ſo daß demnach die a. de dolo ebenſo der a. quod met. c., wie der a. vi bon. raptorum parallel iſt[1590]). Gleichwohl werden auch hier noch Specialklagen wegen dolus geſchaffen und zwar neben der bereits überlieferten a. adversus eum, qui dolo malo fecerit, quominus quis in iudicio sistat und restitutoria wegen circumscriptio minorum (§ 118) die a. adversus mulierem, quae dicitur ventris nomine in possessionem missa possessionem dolo malo ad alium transtulisse, die a. adversus falsum tutorem und si quis omissa causa testamenti, wie nicht minder die a. restitutoria und rest. i. int. extra ordinem wegen dolus malus[1591]).

Endlich tritt nach § 59 neben die in der a. quod met. c. und de dolo ausgeprägte Rechtsordnung auch die in § 30 dargelegte Theorie, welche beim Teſtamente die vis, wie den dolus malus vom

durch dolus malus beeinflußt wird, greift die a. quod met. c. ebenſowenig Platz, wie die a. de dolo: Jul. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 12. § 2), Sev. und Car. im C. Just. VIII, 14, 4., und andrerſeits: Paul. 21 ad Ed. (D. L. 17, 129. pr.). Ueber das hierfür maaßgebende Geſetz vgl. Voigt, a. O. 483 fg.

1590) Vgl. Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 6. fr. 21); Gai. 4 ad Ed. prov. (D. cit. 8); Ulp. cit. (D. cit. 9. § 2), 31 ad Ed. (D. L, 14. 2); Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 5).

1591) Vgl. wegen der erſten Klagen Voigt, Bedeutungswechſel 97 fg. 101 fg.; bezüglich der in integr. rest. wegen dolus malus vgl. § 134.

Geſichtspunkte der voluntatis ratio aus reprimirt und ſomit um der dadurch herbeigeführten Fälſchung der Willensbeſtimmung willen dieſelben mit annullirendem Effecte bekleidet[1592]).

Dahinwiederum in der Defenſive gewinnen vis, wie dolus malus eine zwiefältige, ganz verſchiedene theoretiſche Stellung und Wirkſamkeit: dieſelben begründen in potentia ebenſowohl nach Maaßgabe des ſyſtematiſchen Geſichtspunktes von § 82 unter I, § 90 unter I B einen Entſchädigungs- und ſomit Compenſations-Anſpruch, als auch nach Maaßgabe des ſyſtematiſchen Geſichtspunktes in § 82 unter II, § 90 unter II einen Anſpruch auf Reſciſſion, ſomit auf Ungültigkeitserklärung des klagbar gemachten Rechtes ſelbſt (A. 1096 fg.), wobei nun dort, wie hier die betreffende Einrede der bon. fid. a. gegenüber ipso iure (A. 1088 fg.), dagegen der stricti iur a. gegenüber ope exceptionis zur Geltung kommt.

Die exc. doli mali insbeſondere aber erleidet überdem in der

1592) Cels. 15 Dig. bei Ulp. 6 ad Sab. (D. XXIX, 2, 6. § 7) unterſtellte dieſem Geſetze auch die her. aditio; allein dieſe Anſicht drang nicht durch: man gab hier, wie bei der repudiatio a. quod met. c. oder de dolo: Fur. Anth. 1 ad Ed. (D. IV, 3, 40), wozu vgl. Glück, Pand. XLII, 469. Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 9. § 1), Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 6), oder rest. in integr.: A. 1640. Sodann ward von gewiſſer Seite Nichtigkeit auch bei der Manumiſſion behauptet: Paul. de Libert. (D. XL, 9, 17. pr.), Marcian. 1 Inst. (D. cit. 9. pr.), Dosith. de Man. § 9, während eine andere Lehrmeinung auch hier rest. in int. forderte: A. 1640. Dagegen ſind von der Reſciſſibilität, nicht von der Nullität zu verſtehen, was den dolus malus betrifft, die in A. 1097 citirten Stellen, ſowie, was die vis betrifft, Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 9. § 6) und Gord. im C. Just. II, 20, 3., wo restitutoria rei vind. in Frage ſteht: ſ. Voigt, Cond. ob caus. A. 739; dann Sev. und Car. im C. Greg. II, 1, 2: ſ. A. 1096; ferner Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 3), wo exc. quod met. c. in Frage ſteht, wie die ganze Umgebung der Stelle ergiebt; endlich Paul. sent. rec. I, 7, 10, wo die Reſciſſibilität im Allgemeinen gemeint iſt. Dagegen Paul. sent. rec. I, 7, 6 faßt den practiſchen Effect, nicht aber das Rechtsmittel in das Auge: weil das Geſchäft reſciſſibel iſt, tritt jener Effect ein, während wiederum bei Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 17, 116. pr.): nihil consensui tam contrarium est, — quam vis atque metus das contrarium nicht nothwendig als Negation der Exiſtenz, ſondern recht wohl als Negation der Fehlerloſigkeit des Conſenſes gedacht ſein kann. Vgl. A. 196. Anders beurtheilen dieſe Stellen Schneider, ſubſidiäre Klagen 400 fg., Schliemann, Zwang 60 fg., wogegen vgl. Arndts, Pand. § 61. und jetzt nun auch Schloßmann, Zwang 31 fg. Der Widerſpruch, den Schliemann ſtatuirt, würde in der That weder ſyſtematiſch, noch hiſtoriſch lösbar ſein.

gegenwärtigen Periode eine völlige Umwandelung ihrer Wesenheit, indem dieselbe zum defensiven Universalorgane der aequitas umgestaltet wird, ein Proceß, dessen erste Ansätze bereits der vorigen Periode angehören: in der Verwendung jener Exception ebenso als das der cond. ob caus. correspondirende defensive Rechtsmittel (§ 120), wie auch als Impensen-Einrede gegenüber der form. pet. (A. 1574), und der wiederum gleichzeitig Hand in Hand geht einerseits mit der begrifflichen Umgestaltung des dolus malus selbst zum contradictorischen Gegensatze der bona fides oder der aequitas, wie andrerseits mit der practischen Verwendung dieses so erweiterten Begriffes auch für die bon. fid. a.

Zunächst nun jenen logischen Proceß der Begriffswandelung von dolus malus betreffend, so bezeichnet dieser Ausdruck neben seiner gleichfalls sehr alten Bedeutung von rechtswidriger Vorsatz von Vorn herein die Arglist[1593]), somit eine der mehreren Modalitäten einer Verletzung der bona fides, wogegen das der letzteren widerstreitende Verhalten im Allgemeinen von der vorigen Periode als malitia oder fides mala bezeichnet ward (A. 1328).

Bereits Cic. Top. 17, 66. de Off. III, 15, 61. 17, 70 läßt jedoch erkennen, daß man schon damals den dolus malus als das hervorragendste Stück der malitia auffaßte, und in der gegenwärtigen Periode nun ward dieser letzteren der erstere geradezu substituirt: es ward der dolus malus zum begrifflichen Repräsentanten der Unredlichkeit: als des der bona fides oder aequitas widerstreitenden Verhaltens erhoben[1594]), ein Proceß, für welchen ein gewissermaaßen legaler Stützpunkt bereits von der vorigen Periode darin überliefert war, daß man aus der auf dolus malus concipirten doli clausula eine auf fides bona concipirte Klagformel ertheilte (§ 115). Immerhin vollzieht sich jedoch in solcher Begriffswandelung nur einer jener in § 49 dargelegten Processe der Interpretatio der röm. Jurispudenz, daher denn

1593) Das Weitere s. in Voigt, Bedeutungswechsel 45 fg. 91 fg.

1594) Die Quellenzeugnisse s. Voigt, a. O. 104 A. 58. Dann im Einzelnen Beilage VII § 16. 17, sowie A. 1884; und so nun auch z. B. Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 8, 2. § 8): qui vim facit, dolo malo fecit, non tamen qui dolo malo fecit, utique et vi facit; ita dolus habet in se et vim, et sine vi, si quid calliditate admissum est, aeque continebitur; Proc. bei Paul. 30 ad Ed. (D. XIV, 3, 17. § 4): videri me dolum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram.

nun dieſer neue Begriff des dolus malus lediglich einen ſpecifiſch juriſtiſchen Denkwerth hat und ebenſowohl nur in denjenigen Punkten maaßgebend wird, in denen die Interpretatio gerade ſolche Wandelung vornimmt, als auch im Allgemeinen die altüberlieferte Bedeutung des dolus malus weder in der Rechts-, noch in der Volksſprache verdrängt, ſo daß demnach jenes Wort nunmehr neben ſeiner Bedeutung von rechtswidriger Vorſatz den doppelten Begriff vertritt: ebenſo des der bon. fides widerſtreitenden Verhaltens im Allgemeinen, als auch der Argliſt im Beſonderen[1595]).

Dieſer ſo geſchaffene neue Begriff des dolus malus verblieb nun zwar ganz einflußlos auf die Weſenheit, wie Sphäre der a. de dolo[1596]), wohl aber gewann derſelbe einen eigenthümlich beſtimmenden Einfluß auf die aggreſſive Function, ebenſo der bon. fid. a., wie der a. ex stipulatu. Denn indem die bon. fid. a. die Verletzung der bona fides oder jenen dolus malus zu reprimiren berufen iſt[1597]); indem ſodann ebenſo wie die bona fides, ſo auch ſolcher dolus malus in eine doctrinelle Beziehung zu allen von der aequitas vertretenen Principien geſetzt wird; ſo ergab ſich nun hieraus für dieſe Klage die Berufung, als das zur Verwirklichung aller jener Principien in aggreſſiver Weiſe geeignete Rechtsmittel zu dienen. Immerhin aber iſt, wie in § 129 dargelegt, ſolche theoretiſche Conſequenz nur in beſchränktem Umfange zur Ausprägung gelangt, da deren volle Durchführung an den manichfachen inneren Widerſprüchen ſcheiterte.

Und einen entſprechenden beſchränkten Effect gewinnt ſodann jene Begriffswandelung in Bezug auf die a. ex stipulatu, bezüglich deren, wie Ulp. 78 ad Ed. (D. L, 16, 69) bezeugt, der dolus malus, auf welchen die doli clausula ſich concipirt, ebenfalls als Verletzung der bona fides ſtatt, wie von Alters her, als

---

1595) Voigt, a. O. 105 fg. Die Tragweite jener Umwandelung iſt in juriſtiſch metaphyſiſcher Beziehung eine ganz eminente: ſo z. B. kann die Argliſt nur dolos, die Verletzung der bon. fides auch culpos begangen werden.

1596) Die Sentenz von Pomp. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 13): eum qui metum fecit, et de dolo teneri et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita kann als wahr nicht gelten bezüglich der a. de dolo, ſondern nur bezüglich der bon. fid. a. und exc. doli.

1597) Voigt, a. O. A. 59. 60.

Argliſt aufgefaßt ward. Denn dieſe Prämiſſe führte nun gegenüber der Thatſache, daß die a. ex stipulatu gleich der bon. fid. a. auf fides bona ſich concipirte, ohne Weiteres zu dem Geſetze, daß die a. ex stipulatu begründet wurde durch diejenige Seitens des promissor innerhalb der Sphäre der doli clausula begangene Verletzung der bona fides, ſei dies Verletzung der sanguinis oder der voluntatis oder der damni ratio, welche, innerhalb eines bon. fid. negotium begangen, durch die bon. fid. a. aggreſſiv reprimirt wird (Beil. XIX § V unter aa fg.), ein Geſetz, worauf insbeſondere auch die Ausſchließung der a. de dolo durch die a. ex stipulatu beruht.

Viel weitergreifend iſt jedoch der Effect jener Begriffswandelung in der Richtung der Defenſive und zwar ebenſowohl innerhalb der bon. fid. a., wie in der exc. doli mali. Denn was zunächſt die Defenſion in der bon. fid. a. betrifft, ſo gelangte hier jene Prämiſſe, daß die bona fides das der aequitas in ihrer Totalität correlate Verhalten und wiederum der dolus malus der contradictoriſche Gegenſatz der erſteren ſei, in voller Conſequenz zu Geltung und Wirkſamkeit, ſo daß demnach die bon. fid. a. als geeignet, wie berufen anerkannt wurde, die ipso iure geltend zu machende Einrede des dolus malus auf Grund der Verletzung von jedwedem Principe der aequitas in ſich aufzunehmen (Beil. VII § 18—22), ſomit alſo ſolche Einrede jedwedes Poſtulat der aequitas zur Geltung bringt, welches durch klagweiſe Verfolgung eines zwar rechtsbeſtändigen, aber in ſeiner Geltendmachung der bona fides widerſtreitenden Rechtsanſpruches vom Kläger verletzt wird. Und dies nun beſtätigt ſich im Einzelnen zunächſt bezüglich der sanguinis ratio in der Ordnung, daß das beneficium competentiae einestheils gegenüber der a. rei uxoriae zur Anwendung gelangt, während es gegenüber der a. ex stipulatu aus cautio rei uxoriae verſagt,[1598]) und anderntheils daſſelbe in den übrigen Fällen, wo es auf die sanguinis geſtützt iſt, nur dann, wenn es der bon. fid. a. gegenübertritt, ipso iure zur Geltung kommt, dagegen dann, wenn es einer stricti iur. a. gegenübertritt, nur auf Grund einer bezüglichen, der Klagformel inſerirten taxatio

1598) Jutinian. im Cod. V, 13, 1. § 7. Denn das beneficium competentiae unterfiel nicht der Sphäre der doli clausula.

Geltung gewinnt.[1599]) Nicht minder prägt ſodann bezüglich der voluntatis ratio gleiche Ordnung ſich aus in den Axiomen bonae

---

1599) Die Quellen ergeben bezüglich jenes beneficium eine zwiefache prozeſſualiſche Ordnung: einerſeits wird eine bezügliche Clauſel als taxatio „Dumtaxat quantum Num. Negidius facere potest" der condemnatio der Klagformel inſerirt und dies iſt bekundet für die a. quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur durch das Edict in Dig. XIV, 5, 2. pr.: actionem causa cognita dabo in id, quod facere potest, und für die a. pro socio durch das Edict nach Pomp. 21 ad Qu. Muc. (D. XLII, 1, 22. § 1): quod — de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit; andrerſeits dagegen wird ſolche taxatio der formula nicht inſerirt, wie ſich ergiebt bezüglich der a. rei uxoriae aus Nerat. und Sab. bei Paul. 7 ad Sab. (D. XXIV, 3, 17. § 2): si in iudicio rei uxoriae (Trib: dotis) iudex ignorantia iuris lapsus condemnaverit maritum in solidum, doli exceptione (i. e. in actione iudicati) eum uti oportere; vgl. J. Just. IV, 6, 37: si de dote mulier agat, placet eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit. Damit correſpondirt, daß wieder in gewiſſen Fällen die Quellen von einer Geltendmachung des beneficium durch exceptio ſprechen, was allerdings nicht ſtreng techniſche Ausdrucksweiſe iſt, da jene Geltendmachung niemals dahin führt, daß eine exc., ſondern lediglich, daß jene taxatio der formula inſerirt wird, immerhin aber ſo zu verſtehen iſt, daß nicht ipso iure das beneficium proceſſualiſch zur Geltung kommt, als vielmehr auf Grund eines in Folge Antrags des Beklagten inſerirten Formeltheiles, nämlich der taxatio; und ſolche Ordnung wird bekundet bezüglich a. pro socio von Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 63. § 2): esse hanc exceptionem dandam und Paul 7 ad Sab. (D. XXIV, 3, 17. § 1): dabitur exceptio; dann bezüglich der Klage auf Erfüllung der donatio von Paul. 14 Quaest. (D. XLII, 1, 41. pr.): creditor exceptione summovetur und Tryph. 7 Disp. (D. XLVI, 2, 33): habebit adversus eum illam exceptionem; endlich bezüglich der Klage aus der dotis dictio oder promissio der Ehefrau von Paul. 7 ad Sab. (D. XXIV, 3, 17 § 1): defendendam eam per exceptionem; wogegen nicht hierher gehört Paul. 3 ad Plaut. (D. XLIV, 1, 7. pr.): exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem quod facere possit vel parens patronusve, non competit fideiussori, da hier nur von der civilrechtlichen Zuſtändigkeit des beneficium ohne Rückſicht auf deſſen proceſſualiſche Geſtaltung die Rede iſt. Alle dieſe Thatſachen aber ergeben nun das obige Geſetz: das benefic. competent. kommt dann, aber auch ausſchließlich dann ipso iure in iudicio zur Geltung, wenn daſſelbe auf der sanguinis ratio beruht und der bon. fid. a. gegenübertritt, obwohl auch diesfalls mit Ausnahme der Klagen, für welche durch ſpeciellen Rechtsſatz die proceſſualiſche Wirkſamkeit des benefic. von einer Ertheilung deſſelben Seitens des Prätors mittelſt der Klagformel abhängig gemacht iſt.

fidei iudiciis exceptiones pacti oder pacta conventa insunt (A. 1089. 1566), während endlich bezüglich der damni ratio jenes Geſetz in dreifacher Richtung ſich verwirklicht: in der ipso iure eintretenden Wirkſamkeit der Einrede theils des nicht erfüllten Contractes, theils der Compenſation ſei es von Verſchuldung, ſei es von connexer Gegenforderung, theils endlich der Iniquität des Klaganſpruches an ſich, wobei in erſter Beziehung auf die Gegenleiſtung, in zweiter Beziehung auf den Gegenanſpruch, in letzter Beziehung auf die aus der Geltendmachung an ſich des Klaganſpruches reſultirende Rechtsverletzung die Defenſion des Beklagten geſtützt iſt (§ 82. 90).

Von dieſer Grundordnung, daß bei der bon. fid. a. die Aequitäts-Einrede ipso iure zur Geltung kommt, greift indeß in zwei Punkten die ſinguläre Ausnahme Platz, daß an Stelle und mit Ausſchluß der defensio ipso iure die exc. doli mali allein in der obigen verallgemeinerten Beziehung eintritt. Und zwar zunächſt darin, daß, wie in § 90 unter I B dargelegt, die Compenſation wegen connexer Gegenforderung inſoweit nur ope exceptionis doli zur Geltung kommt, als ſolche Forderung aggreſſiv nicht durch die bon. fid. a. ſelbſt in Function einer Bereicherungsklage, ſondern bloß durch eine eigene und ſpecielle Klage geltend gemacht werden kann, ſomit alſo durch a. utilis ex contractu vel quasi oder ex delicto auf quanto locupletior factus est wider den Pupillen oder furiosus oder mit a. de in rem verso oder ex delicto de in rem verso wider den Gewalthaber bewehrt iſt.[1600]) Und ſodann ward von der gegenwärtigen Periode der exc. doli auch darin eine ganz neue Verwendung bei der bon. fid. a. zu Theil, daß dieſelbe auch wegen nicht connexer Gegenforderungen gegeben wurde, insbeſondere aber wegen des auf mandatum oder neg. gestio geſtützten Gegenanſpruches auf impensae utiles oder voluptuariae, die auf die res debita oder ſonſt im Intereſſe des Klägers vom Beklagten aufgewendet ſind (A. 1095), eine Rechtsordnung, worin unter gewiſſen Modificationen eine Ueberleitung des Compenſationsrechtes des rigor (§ 119) auf die bon. fid. a.

1600) Bezüglich der in rem versio, wo die directen Belege fehlen, kann vor Proponirung der exc. doli für die defenſive Geltendmachung des bezüglichen Anſpruches nur eine eigene exc. in factum conc. gedient haben.

bewerkſtelligt ward. Und endlich tritt hierneben auch noch die freibeliebte Verwendung der exc. doli in der Modalität, daß jedwede defensio ipso iure bei bon. fid. a. auf Antrag des Beklagten in die Form einer exceptio eingekleidet wird (A. 1562).

Was dagegen die exc. doli mali im Beſonderen betrifft, ſo ward dieſer in der obigen verallgemeinerten Beziehung während der gegenwärtigen Periode eine ganz neue Verwendung zu Theil und zwar nicht allein, wie dargelegt, bei der bon. fid. a., ſondern auch ebenſo bei der formula petitoria, wie bei der stricti iuris a. ſammt a. ex stipulatu. Und zwar geht zunächſt bei der form. pet. die Theorie von der Grundordnung aus, daß wegen connexer d. h. auf idem corpus bezüglicher Gegenforderungen (A. 931) ein Retentionsrecht zuſteht, allein nur ope exceptionis doli zur Geltung kommt, ausgenommen jedoch die Gegenforderung wegen impensae necessariae auf die zu reſtituirenden fructus, welche ipso iure wirkſam wird (A. 960). Und jene Ordnung greift denn nun Platz ebenſowohl wegen impensae auf die res principalis und zwar bei rei vind. wegen impensae necessariae des possessor und utiles des bon. fid. possessor (bei A. 961), ſowie bei her. pet. wegen impensae voluptuariae des bon. fid. possessor (bei A. 962), als auch wegen ſonſtiger connexer Gegenforderungen (A. 963). Allein von der Zeit Hadrian's abwärts ward bei der her. pet. ſolche Ordnung darin aufgegeben, daß wegen impensae necessariae und utiles jenes Retentionsrecht als ipso iure wirkſam anerkannt,[1600a]) überdem aber auch wegen nicht connexer Gegenforderungen wider den Erblaſſer dem bon. fid. possessor ein ope exc. doli geltend zu machendes Retentionsrecht zuerkannt wurde (§ 83 unter C 1). Andrerſeits aber übernimmt wiederum die exc. doli die Function, die voluntatis, wie damni ratio überhaupt im geeigneten Falle auch gegenüber der a. in rem zur Geltung zu bringen, ſo z. B. indem dieſelbe bei Paul. 31 Quaest. (D. VIII, 1, 18) gegenüber der a. negatoria die cond. causa finita vertritt. Dahingegen in der Umwandelung der exc. rei vend. et trad. in eine exc. doli (Beil. XXI § X) tritt der dolus malus in der engeren Bedeutung als Argliſt auf.

1600a) Vgl. insbeſondere Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 38. pr.): id ipsum iudicio iudicis continebitur, nam nec exceptio doli desideratur.

Und ſodann bei der strict. iur. a. übernahm die exc. doli mali die defenſive Vertretung der voluntatis und damni ratio inſoweit, als überhaupt beide Principien der aequitas eine Uebertragung auf jene Klagen und Rechtsverhältniſſe erfuhren (§ 55 fg. 136). So daher übernimmt die exc. doli mali zunächſt nach Maaßgabe von § 55. 56. 60 die defenſive Geltendmachung des actum, als der unſolennen Willenserklärung gegenüber der stricti iur. a., welche das dictum oder scriptum, als die ſolenne Form zur Geltung bringt, ſei es nun, daß ſolche Klage auf dictum oder scriptum allein ſich ſtützt und das darüber hinausliegende actum unberückſichtigt laſſend,[1601]) oder daß die Klage auf die Mangelhaftigkeit des dictum oder scriptum die Unwirkſamkeit des betreffenden Rechtsactes und weiterhin den ſelbſt verfolgten Rechtsanſpruch ſtützt.[1602]) Und nicht minder realiſirt jene Exception nach Maaßgabe von § 57. 61 die defenſive Geltendmachung der voluntas im Gegenſatze zum verbum als des rechtsverbindlichen Elementes der juriſtiſchen Diſpoſition, dafern die Klage anſtatt der voluntas auf die verba negotii[1603]) oder legis[1604]) ſich ſtützt,

---

1601) Hierher gehört die Conception der exc. pacti conventi (A. 1422) als exc. doli mali: Marc. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 18); Gai. III. 168. 179. Ulp. 4. 76 ad Ed. (D. II, 14, 10. § 2. fr. 14. XLIV, 4, 2. § 4. 6. fr. 4. § 8) vgl. A. 1602, wo das actum ausdrücklich verlautbart iſt. Dann aber auch Pomp. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 2) und Gai. 29 ad Ed. prov. (D. II, 11, 8), wo der Geſichtspunkt der inactiven Willenserklärung (§ 15) Platz greift.

1602) So Ulp. 2 Reg. (D. XLVI, 4, 19. pr.): si accepto latum fuerit ei. qui non verbis, sed re obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri possit, wozu vgl. § 17 a. E.; Paul. 6 ad Plaut. (D. XLIV, 4. 8. § 1): si heres damnatus sit non petere a debitore. potest uti exc. doli mali debitor, wo das legatum ein ungenügender Modus der Liberirung von der Obligation iſt; dann wieder die exc. doli des bon. possessor secundum tabulas aus dem der civilen Solennität ermangelnden Teſtamente gegenüber dem heres. legit. nach dem Reſcripte des Anton. Phil. bei Gai. II, 120. vgl. Paul. sent. rec. IV, 8, 2 (Collat. XVI, 3, 1).

1603) Gai. II, 198. Afric. 2. 5 Quaest. (D. XXIX, 7, 15. XXXV, 2, 88. § 1) ſ. § 25. Pomp. 9 ad Qu. Muc. (D. XXXIV, 2, 34. § 1) ſ. § 23. Scaev. 15. 27 Dig. (D. XXXII, 1, 33. § 2. XLIV, 4, 17. § 1. 3); Pap. 13. 18 Quaest. (D. XXXVII, 11, 11. § 2. XXXV, 1, 72. § 6), wozu vgl. Voigt im Arch. ſ. civil. Prax. LIV, 25; Ulp. 24. 33 ad Sab. (D. L, 17, 19. § 1. XXX, 1, 57. pr.), 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 10); Paul. de Assign. libert. (D. XXXIV,

oder auch, dafern die Klage gewiſſe, die Willensbeſtimmung beſchränkende geſetzliche Diſpoſitionen zur Geltung bringt.[1605])

Und dann wiederum vertritt die exc. doli gegenüber der stricti iur. a. auch die damni ratio,[1606]) indem ſie nicht allein den dolus malus i. e. S., ſomit die Argliſt[1607]) zur Geltung bringt, ſondern auch ebenſowohl den Schädenanſpruch wegen vis (A. 1596) oder wegen mora accipiendi,[1608]) wie den Anſpruch

---

4, 15), 14 Quaest. (D. XLIV, 4, 13); Modest. de Diff. dot. (D. XXIII, 3, 13); vgl. Keller, Pand. § 286 A. 14. Dann insbeſondere: Ulp. 7 Disp. (D. XII, 1, 18. pr.).

1604) So giebt Hadrian bei Ulp. 4 Disp. (D. XXVIII, 3, 12. pr.) exc. doli demjenigen Teſtamentserben, gegen welchen der Inteſtaterbe die Ruption des Teſtamentes durch Agnation eines vor dem Teſtator wieder verſtorbenen Poſtumus geltend macht. Immerhin aber iſt das Auftreten der exc. doli in ſolcher Beziehung anomal: denn gemeinhin wird ſolches Vorkommniß als einfache Interpretationsfrage behandelt, bei der es eines Rechtsmittels gar nicht bedarf: § 46 a. E.

1605) Wegen dieſer ganz eigenthümlichen Verwendung der exc. doli vgl. S. 375 fg. So Jav. 6 Ep. (D. XXXIX, 5, 25), wozu vgl. A. 685b, Wiebeking, de exc. rei vend. et trad. 45 fg. Voigt, im Arch. f. civ. Pr. LIV, 71. A. 88; Pap. 6 Quaest. (D. XXIX, 1, 36. § 3. XXXIV, 4, 22); Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 10), wozu vgl. A. 685a. Savigny, Syſt. III, 378 c; 7 Disp. (D. XII, 1, 18. pr.), wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 42; Carac. im C. Just. VIII, 36, 1. Und ebenſo gehört hierher die Entſcheidung bei Pap. 13 Quaest. (D. XXXVII, 11, 11. § 2 a. E.).

1606) Eine Ausnahme ergeben auch hier theils die impensae necessariae auf etwa zu reſtituirende fructus, welche ipso iure zur Geltung kommen: A. 1661, theils die condictio wider den fideiussor für ein debitum aus einem bon. fid. negotium, wo demſelben die dem Hauptdebitor zuwider der bon. fid. a. zuſtehende Compenſation ipso iure gegeben wird: Ner. und Pomp. bei Paul. 3 ad Sab. (D. XVI, 2, 4) ſ. § 90 unter I B. Dagegen gehören nicht hierher die Fälle, wo in der Defenſion gar keine Einrede, ſondern eine negative Lit. Cont. enthalten iſt, wie z. B. auf Grund des liberatoriſchen contrarius actus oder in den Fällen, wo die caſuelle Vereitelung der Solution den Beklagten liberirt, ſo A. 1214.

1607) Vgl. im Allgemeinen Lab. und Cels. bei Ulp. 76 ad Ed. (D.XLIV, 4, 4. § 5. pr.), Gai. 30 ad Ed. prov. (D. cit. 6); Ulp. cit. (D. cit. 4. § 17); Paul. 32 ad Ed. (D. cit. 9); im Beſonderen bezüglich der Stipulation: Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 36); Diocl. im C. Just. VIII, 39, 5. J. Just. IV, 13, 1. Theoph. in h. l.; wegen a. legati: Jul. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 11).

1608) So beim Damnationslegat: A. 1649, nicht dagegen bei der alten condictio: A. 1648.

auf Reſtitution der Bereicherung beim Thatbeſtande der cond. ob caus.[1609]) oder der Bereicherung des Pupillen oder furiosus durch ein ohne Concurrenz des Tutor oder Curator[1610]) oder durch ein dolo malo vom Letzteren abgeſchloſſenes Rechtsgeſchäft,[1611]) wie endlich auch die Rechtsordnung der Klagenconcurrenz durchführt (A. 1668).

Nicht minder ward aber auch auf die strict. iur. a. im Allgemeinen die dem Argentarien-Rechte entſtammende (§ 99 unter B) und, wie obbemerkt, bereits auf die bon. fid. a. übertragene Compenſation des rigor: der nicht connexen Gegenforderung durch ein Reſcript von Antonin Philoſ. übertragen und deren Geltendmachung auf die exc. doli mali verwieſen.[1612])

1609) So correſpondirend der cond. indeb.: Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 3); Jul. 52. 60 Dig. (D. XLV, 3, 1. § 2. 6. XXXIX, 5. 2. § 3. 4. XLIV, 4, 7); Scaev. 27 Dig. (D. XLIV, 4, 17. pr.); Ulp. 52 ad Ed. (D. XXXVI, 4, 1. pr.); Paul. 2 Quaest. (D. XIX, 1, 42), 3 ad Sab. (D. XIX, 1, 5. § 1); Diocl. im C. Just. IV, 5, 3. Dann gehören hierher auch Jul. 51 Dig. (D. XLVI, 1, 15. pr.) und Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 2. § 3), wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. 583. Daneben tritt in J. Just. IV, 13, 1 exc. de errore in fact. conc ; vgl. Pomp. 5 Sen. Cons. (D. XIV, 6, 20) und dazu Voigt im Arch. f. civ. Pr. LIV, 207. Dann correſpondirend der cond. caus. non sec.: Gai. IV, 116. 119 und Car. im C. Just. IV, 30, 3. wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 301; Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 2. § 3), Paul. 71 ad Ed. (D. XLIV, 4, 5. pr.); oder der cond. caus. finita: Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 1); Scaev. 27 Dig. (D. cit. 17. § 2); Ulp. 76, 80 ad Ed. (D. cit. 2. § 3. 7. XLVI, 8, 12. § 2), 43 ad Sab. in A. 1101; Paul. 13 ad Ed. (D. IV, 8, 32. § 14), 7 Resp. (D. XXXIII, 4, 11); oder der cond. ob turp. caus.: Paul. 3 Quaest. (D. XII, 5, 8); oder der cond. sine causa: Gai. 2 de V. O. (D. XLV, 1, 141. § 5); Pap. 8 Quaest. (D. XLVI, 3, 94. pr.); Paul. 10 ad Sab. (D. cit. 50), wo die betreffende Solution nichtig iſt. Vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 295.

1610) Gai. II, 84. Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 4). Paul. 6 ad Sab. (D. XLVI, 3, 15), Herm. 6 Jur. ep. (D. XLIV, 4, 16), J. Just. II, 8, 2.

1611) Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 23. 25).

1612) J. Just. IV, 6, 30: in stricti iuris iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur, was nicht auf die Compenſation der aequitas in A. 1607 fg., ſondern auf die des rigor in § 119 geht, und überdem auch eine hier nicht weiter in Betracht kommende Beziehung auf den Civilproceß enthält. Dieſe Compenſation ſteht in Frage z. B. bei Pap. 37 Quaest. (D. XLV, 2, 10) oder bei Ulp. 68 ad Ed. (D. XVI, 2, 10. § 2): compensatio locum habet —, si condicatur ex causa fur-

Und gleichem Geſetze, wie die strict. iur. a. folgt auch die a. ex stipulatu, da die dem Stipulator obliegende Verbindlichkeit gar nicht in die Sphäre der doli clausula fällt: die Einrede gelangt ope exc., nicht ipso iure zur Geltung (A. 1401), eine Ordnung, von welcher nur bezüglich der Klage aus cautio rei uxoriae gewiſſe ſinguläre Ausnahmen Platz greifen (A. 1402).

Indem ſo daher der dolus malus ſolche außerordentliche Erweiterung ſeiner Wirkungsſphäre auf Grund jener Prämiſſe erfährt, daß alles Verhalten, welches der aequitas oder bona fides widerſtreitet, zugleich einen dolus malus ergebe und auf Grund deſſen innerhalb des Wirkungskreiſes der aequitas je nach der Natur der Klage bald defensio ipso iure, bald exc. doli mali begründe, ſo erhebt ſich denn nun damit ſolche Einrede des dolus malus zu dem univerſellſten Centralorgane der aequitas ſelbſt:

Pap. 3 Quaest. (D. XLIV, 4, 12): qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est;

Paul. 71 ad Ed. (D. XLIV, 4, 1. § 1): ideo — hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

Und dem entſprechend nimmt nun auch die ex. doli die allgemeinere Conception an: „Si in ea re nihil dolo malo Auli Ag. factum sit neque fiat“ (A. 1427).

Allein ſelbſt jene obige Extenſion des dolus malus ward noch ganz weſentlich geſteigert durch den Gedanken, daß die Anſtellung einer Klage unter vorſätzlicher Nichtbeachtung einer derſelben entgegenſtehenden exceptio ſelbſt wieder einen dolus

---

tiva. — Den Vorläufer und das Vorbild von jenem Reſcripte Antonins bildet theils die bezüglich der bon. fid. a. recipirte, theils die bezüglich der a. ex stipulatu praetorio von der Rechtswiſſenſchaft aus dem Edicte abgeleitete Ordnung, daß nicht connexe Gegenforderungen durch exc. doli mali entgegengeſtellt werden dürfen: A. 1095. 1403, während wiederum unabhängig von jenem Reſcripte die Uebertragung der compensatio des rigor auch auf die a. hypothecaria erfolgt: Paul. sent. rec. II, 5, 3. — In dem edictum perpetuum war die Compenſation in den Abſchnitt von den condictiones geſtellt, nicht aber in dem Abſchnitte von den contractus (A. 1536) behandelt. — Auf alles Weitere jener Lehre und auf die daran ſich knüpfenden Controverſen iſt hier nicht nothwendig einzugehen.

malus: eine Argliſt des Klägers involvire, ſomit aber unter der Vorausſetzung von ſolchem rechtswidrigen Vorſatze Seitens des Klägers in der That jedwede Einrede, für welche eine eigene exceptio gegeben iſt, doch auch wieder als dolus malus und demnach je nach der Natur der betreffenden Klage bald durch defensio ipso iure, bald ope exc. doli mali ſich zur Geltung bringen laſſe:[1613])

Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 15): posse petitorem, antequam stipulatio committatur, nihil dolo malo fecisse, et tunc facere, quum petat;

Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 36): competit exceptio, — si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet; cum enim quis petat ex ea stipulatione. hoc ipso dolo facit, quod petat; 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 2. § 5): dolo facit quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit; nam et si inter praesentes nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat;

Paul. 6 ad Plaut. (D. L, 17, 173. § 3): dolo facit, qui petit. quod redditurus est; 14 ad Plaut. (D. L, 17, 177. § 1): nemo videtur dolo exsequi, qui ignoscat causam, cur non debeat petere.

Immerhin aber iſt das Ergebniß aller jener Umwandelungsproceſſe nicht dies, daß dadurch die alte honorariſche exc. doli mali i. e. S.: wegen Argliſt abſorbirt würde, als vielmehr es tritt neben dieſelbe eine neue, gleichnamige, civile Exception von weſentlich verſchiedener Natur, wie weiterer Sphäre.

Auf der anderen Seite hat jedoch wiederum dieſe Ueberfülle der der exc. doli mali unterfallenden Defenſionalmomente zu einem entſprechenden Verfahren geführt, wie ſolches bei der bon. fid. a. zu Tage trat (A. 1512): um der Defenſion des Beklagten einen höheren Grad von richterlicher Beachtung zu ſichern, löſte man aus jener Geſammtfülle wiederum einzelne Defenſionalmomente heraus und geſtaltete dieſelben zu neuen und ſelbſteigenen

1613) Vgl. Schilling, Inſt. § 78 a. § 117 Zuſ. 3. Rein, Pr. R. 790 A. 2. Keller, Civ. Pr. A. 384. Pand. § 93. Großkopff, Retentionsrt. 11 fg. Birkmeyer, Exceptionen 121 A. 22.

Exceptionen. Und dies nun geſchah zu Ausgang dieſer Periode mit der Einrede der nicht empfangenen Valuta gegenüber der Darlehnsklage, welche auf einen den Empfang derſelben verbriefenden Schuldſchein geſtützt wurde, worauf man eine mit der exc. doli electiv concurrirende, in factum concipirte exc. non numeratae pecuniae fundirte,[1614]) die indeß bereits durch Caracalla im Jahre 215 eine völlige Umwandelung erfuhr, welche in § 147 im Näheren darzulegen iſt.

Endlich treffen auch die beiden Principien der voluntatis und damni ratio in der Rechtsordnung bezüglich der solutio bei den durch ſolennen Rechtsact begründeten Obligationen zuſammen, inſofern dieſelbe als Aufhebung der Obligation ebenſo durch unſolennes actum, wie durch einen Act materieller Befriedigung des Gläubigers ſich darſtellt, und von beiderlei Geſichtspunkte aus nun die Rechtswiſſenſchaft dieſer Periode zu dem Satze gelangte, daß die Solution eine naturalis obligationis resolutio im Gegenſatze zur civilis auch bei ſolennen Obligationen enthalte, auf Grund deſſen nun dieſelbe auch bei den letzteren allgemein als ipso iure wirkender Aufhebungsmodus anerkannt ward.[1614a])

§ 133.

Die condictiones ob causam.

Nach § 120 erhielt die gegenwärtige Periode die cond. ob caus. als eine ganz junge Rechtsſchöpfung in doppelter Unterart überliefert: als cond. non debiti, wie als cond. ex iniusta causa, deren erſtere auf den Thatbeſtand des non debitum accipere et

---

1614) So Ulp. 7 Disp. (D. XVII, 1, 29. pr.), 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 16); Sev. und Car. im C. Just. IV, 30, 1. Car. daſ. IV, 30, 2. 3. IV, 7, 1. vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 301; vgl. auch Gai. IV, 116a.

1614a) S. 340 und A. 1668; vgl. bei A. 1422a. Die Theorie von der naturalis und civilis resolutio bieten Pomp. 2 Ench. (D. XLVI, 3, 107), Marcian. ad form. hyp. (D. cit. 49). Der Entwickelungsgang iſt ſonach der: die solutio begründet anfänglich Gegenanſpruch, ſomit Exception, und dann wird ſie als Liberationsmodus aufgefaßt und wirkt ſomit ipso iure. Und den gleichen Entwickelungsgang durchlief auch die datio in solutum: Gai. III, 168.

per errorem solvere und deren letztere auf den Thatbeſtand des ex iniusta causa aliquid apud aliquem esse geſtützt und ſo nun bereits auf die Fälle der causa non secuta, finita, turpis, wie furtiva verwendet worden war. Die gegenwärtige Periode nun widmete dieſem Rechtsſtoffe eine ebenſo eingehende theoretiſche Unterſuchung, wie fleißige caſuiſtiſche Behandlung, welche vornämlich nach der doppelten Richtung hin ſich bewegte, theils die Thatbeſtände der cond. ob caus. dogmatiſch zu beſtimmen und abzugränzen, theils das Klagobject derſelben erſchöpfend feſtzuſtellen.

In der erſteren Beziehung aber verfolgte die Rechtswiſſenſchaft wiederum eine doppelte Aufgabe und zwar zunächſt den von der vorigen Periode überlieferten zwiefältigen ſpecifiſchen Thatbeſtand des non debitum acceptum und des ex iniusta causa aliquid apud aliquem esse auf einen allgemeinen generiſchen Thatbeſtand zurückzuführen und in ſolchem einheitlich zuſammenzufaſſen. Und dies nun beſchah in der Weiſe, daß man auch das non debitum apud aliquem esse dem Geſichtspunkte des ex iniusta causa apud aliqem esse unterſtellte und ſo nun das letztere zum generiſchen Thatbeſtande der cond. ob caus. erhob. Und ſo daher wird bereits von Sabin. Jus civ. und Cels. Dig. ſolcher Thatbeſtand als ein ex iniusta causa esse aliquid apud aliquem beſtimmt, während bei Jul. Dig., Afric. Quaest. und Ulp. ad Ed. dafür ein sine causa esse, endlich bei Ulp. ad Sab. und Marc. Reg. ein non ex iusta causa esse aliquid apud aliquem eintritt.[1615]) Und hieraus nun iſt zu entnehmen, daß auch das edictum perpetuum in entſprechender Maaße den Thatbeſtand der cond. ob caus. einheitlich bezeichnete (Beil. XXI § XXIV).

Und ſodann unterzog ſich die Rechtswiſſenſchaft wiederum der entgegengeſetzten Aufgabe, die einzelnen Unterarten der cond. ob caus. je nach ihren ſpecifiſchen Thatbeſtänden genauer, wie erſchöpfender zu beſtimmen, wobei nun einestheils das überlieferte non debitum in ein indebitum umgeſetzt und auf eine falsa causa zurückgeführt, und anderntheils wiederum das ex iniusta causa apud aliquem esse der vorigen Periode völlig aufgegeben und je nach der beſonderen Beſchaffenheit des Vitium der causa in eine Mehrheit ſpeciellerer Thatbeſtände aufgelöſt wird. Im

1615) Voigt, Cond. ob caus. 290 fg. vgl. 298. A. 245.

Uebrigen aber erfolgt ſolche Durchbildung der cond. ob causam einestheils im Wege einer caſuiſtiſchen Verarbeitung des Stoffes, wobei nun vielfach noch nach der Methode der älteren Interpretatio verfahren wird: indem man dem bereits der cond. theilhaften Thatbeſtande den in concreto erörterten individuellen Thatbeſtand um deſſen Aehnlichkeit willen gleichſtellt und ſo jener Klage theilhaft macht, ſo ſpricht man ſolche Gleichſtellung im Wege der Analogie durch das überlieferte typiſche quasi (A. 436) aus, ein Verfahren, welches bemerkenswerther Weiſe die ganze gegenwärtige Periode hindurch ſich fortſetzt und noch bei Ulp. und Paul., wie bei Sept. Sever. ſich vorfindet. Und zwar ſind die gegebenen Thatbeſtände, an welche ſolche Analogie anknüpft, theils das sine causa pervenire, ſomit der generelle Thatbeſtand der cond. ob caus. im Allgemeinen, theils das indebitum, ſomit die älteſte Unterart derſelben, theils endlich die res oder causa non secuta, ſomit diejenige Unterart, welche in Folge der Ausbildung der Innominatcontracte (§ 126) eine beſonders hervorragende Stellung gewann, während wiederum vornämlich die cond. causa finita es iſt, die bald auf den Geſichtspunkt des quasi sine causa datum, bald des indebitum, bald des quasi ob causam datum zurückgeführt wird. [1615a])

Anderntheils unterzieht ſich die Rechtswiſſenſchaft aber auch der Aufgabe, in umfaſſenden Syſtemen die verſchiedenen Unterarten der cond. ob causam nach Maaßgabe der ſpecifiſchen Beſchaffenheit des Vitium der causa unter dogmatiſchen Geſichtspunkten zuſammenzufaſſen, in Reihen zu ordnen und ſo nun durch Aufſtellung von erſchöpfenden Claſſificationen die Theorie von jenen Klagen ſicher zu fundiren, wie exacter zu präciſiren. Und indem nun, wie obbemerkt, bereits die vorige Periode ihre cond. ex iniusta causa auf die Fälle der causa non sec., finita, turpis und furtiva angewendet hatte; indem ſodann die Sabinianer daneben noch den Thatbeſtand der cond. sine causa ſtellten; [1616])

1615a) Voigt, a. O. A. 245. 548.

1616) Voigt, a. O. 745 fg.; vgl. § 126. Den älteren Proculianern gehört nur Lab. bei Pomp. 21 ad Sab. (D. XLVI, 3, 19) an, wo jedoch der theoretiſche Geſichtspunkt der Entſcheidung nicht mehr zu erkennen iſt: Voigt, a. O. 754.

ſo ſind es ſonach fünf, reſp. ſechs ſolcher ſpecifiſcher Thatbeſtände, welche die Theorie dieſes Zeitalters vorfand: das indebitum oder die falsa causa, die turpis causa, causa non sec., finita und furtiva,[1617]) wie endlich die nulla causa der Sabinianer. Und hierauf nun ſtützt zunächſt Ulp. ad Sab. und ad Ed. eine Claſſification, welche ihre Obereintheilung daraus entnimmt, ob das non ex iusta causa esse aliquid apud aliquem gleich von Anfang an in dem Vermögenserwerbe ſich conſummirte oder aber erſt ſpäterhin dazutrat, und welche nun der erſteren Claſſe die falsa, improba oder turpis, furtiva und etwa auch nulla causa, der letzteren Claſſe dagegen die non secuta und finita causa unterordnet. Dagegen wieder Pomp. ad Qu. Muc. und Paul. ad Sab. unterſcheiden zwiſchen mangelhafter res, wo die Fehlerhaftigkeit der causa in der betreffenden Vermögensleiſtung (res) ſelbſt liegt, darunter die turpis res und die honesta res, propter quam datum est, non secuta ordnend, und zwiſchen mangelhafter causa, wo die Fehlerhaftigkeit der causa nicht in der Vermögensleiſtung an ſich, ſondern in dem obligatoriſchen Verhältniſſe (causa) liegt, deſſen Solution jene Leiſtung bildet, darunter die falsa und die finita causa ſtellend.[1618])

1617) Die entſprechenden Condictionen ſind insgeſammt nachweisbar bereits bei Cels. Dig.: Voigt, a. O. A. 226a. Ich ſelbſt habe a. O. 490 den Ausdruck cond. causa data causa non sec. dahin erklärt: condictio, quae nascitur ex causa non secuta id, quod ob causam datum est; dann habe ich dem in A. 440 die Paraphraſe gegenübergeſtellt, welche gegeben wird von Witte, Bereicherungskl. 63 A. 14: „Die condictio, welche dann begründet iſt, wenn die Vorleiſtung gegeben, die Gegenleiſtung aber nicht erfolgt iſt;" und endlich habe ich an dieſe Deutung Witte's die Bemerkung geknüpft: „hierdurch wird ſomit z. B. die Ehe für eine Gegenleiſtung erklärt, in die Rechtsquellen aber die ganz neue Ausdrucksweiſe causam dare im Sinne eines Leiſtens der causa eingeführt!" Dieſe meine Erwiederung, daß causam dare nie in den Quellen „eine causa leiſten" bezeichne, wird nun von Witte in Schletter's Jahrb. X, 6 fg. zu der Inſinuation benutzt, ich habe das Vorkommen der Wortverbindung causam dare überhaupt geleugnet, weil nicht gekannt. Ich conſtatire einfach dieſe Thatſache, die im Uebrigen zur Characteriſirung jener Antikritik genügt: ihrer Tendenz, wie der dafür verwendeten Mittel. Zugleich aber conſtatire ich auch, daß man von gewiſſer Seite auf jenen Aufſatz Witte's, gleich als auf eine Autorität, mit gefliſſentlicher Vorliebe ſich beruft.

1618) Voigt, a. O. 291 fg. Von ganz anderem Geſichtspunkte endlich geht aus das Syſtem von Paul. ad Plaut., worüber ſ. daſ. 296.

Allein wie hiernach keines jener Syſteme einheitlich von der Wiſſenſchaft adoptirt ward, ſo gelangte die letztere auch zu keiner allgemein recipirten techniſchen Bezeichnung der verſchiedenen Unterarten der condictiones als ob caus. und lediglich die Benennungen cond. furtiva oder ähnlich und actio, condictio indebiti oder indebita, ſowie der Ausdruck causa oder re non secuta ſind es, die als allgemeiner übliche techniſche Bezeichnungen in der gegenwärtigen Periode hervortreten[1619]). Vielmehr ergiebt ſich aus allen jenen Thatſachen auf das Deutlichſte, wie während der gegenwärtigen Periode jener Lehrſtoff noch in dem vollen Fluſſe ſeines Geſtaltungsproceſſes begriffen iſt und lediglich allmählig in der Hand der Rechtswiſſenſchaft, wie der kaiſerlichen Legislation zu einer ſchärferen und beſtimmteren Ausbildung ſich conſolidirt[1620]). Allein inmitten aller jener Verſchiedenheit und allen

1619) Voigt, a. O. 298 fg.

1620) Voigt, a. O. 304. Im Einzelnen bieten die Quellen manches bemerkenswerthe Material, ſo z. B. Ulp. 36 ad Ed. (D. XXV, 1, 5. § 2): ſ. A. 1268; dann wieder in Bezug auf die lex Cincia, welche, urſprünglich lex imperfecta, von der Rechtswiſſenſchaft durch Anwendung der cond. ob ini. caus. auf die donatio immodica inſoweit in eine lex perfecta, dagegen bezüglich der Sachwalter-Honorare von Auguſt in eine lex plus quam perfecta umgewandelt wurde: A. 1183, Voigt, a. O. A. 141 fg. 472 S. 629 fg.; dann wieder in der Umwandelung der a. vi bon. rapt. in eine poenalis: Jul. 12 Dig. bei Ulp. 38 ad Ed. (D. XIII, 1, 10. § 1), Gai. IV, 8. Pap. 12 Quaest. (D. XLVII, 2, 80. § 3. 4), Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 1. § 1), 18 ad Sab. (D. XIII, 3, 2), während eine andere Anſicht dieſelbe für mixta erklärte: Paul. 5 Sent. (D. XXXIX, 4, 9. § 5), Gord. im C. Just. IX, 33, 1. J. Just. IV, 2. pr. IV, 6. § 19; ingleichen in der Umwandlung der a. furti in eine poenalis durch Schaffung der cond. furtiva: denn daß dieſe letztere Product jüngerer Rechtsbildung iſt, ergeben zunächſt Gai. IV, 4: odio furum — effectum est, ut extra poenam dupli — — fures ex hac actione etiam teneantur „si paret eos dare oportere", worin deutlich genug beſagt iſt, daß nicht bereits die XII Taf. eine cond. furt. kannten, ſondern erſt im Formularproceſſe ſolche regelwidrige Klage geſchaffen worden iſt; ſodann das Stillſchweigen der zahlreichen, das furtum der XII Taf. behandelnden Quellen; nicht minder die Thatſache, daß die incerti cond. überhaupt erſt eine junge Rechtsbildung iſt: Beil. XIX § VII unter IV und A. 118; endlich der Umſtand, daß von Born herein die cond. furtiva neben der a. furti manifesti doch ganz unmöglich iſt, da letztere capital iſt, neben der a. furt. nec man. aber gar keinen Raum findet, da das duplum der letzteren bereits den Schadenerſatz in begreift: A. 880; vgl. Krug, de cond. furt. § 2. Keller, Inſt. 138, ſowie im Allgemeinen A. 1750.

ſolchen Wechſels von Meinungen und Theorien wird unwandelbar und einſtimmig das für ſolche Condiction maaßgebende Cauſalitätsverhältniß in jener geſetzvollen Ordnung anerkannt und feſtgehalten, welche, wie in § 81 dargelegt, im wirthſchaftlichen Leben des Volkes ſich ausprägend, die Stellung und Function des pecuniär differenten gegenüber dem Realiſirungs-, wie dem ſolennen Geſchäfte beſtimmt. Wohl aber ward andererſeits die theoretiſche Anknüpfung und die ſyſtematiſche Einordnung jener Condictionen, wie ſolche die vorige Periode in dem Realcontracte angenommen hatte (A. 1447 fg.), jetzt aufgegeben: man führte jene Klagen jetzt auf die Figur der obligatio quasi ex contractu zurück, ſo insbeſondere Gai. 3 Aur. (D. XLIV, 7, 5. § 3).

Was ſodann die Beſtimmung der cond. ob caus. nach Maaßgabe ihres Klagobjectes betrifft, ſo unterſcheidet das Syſtem von Jul. Dig. das sine causa esse rem apud aliquem und das obligari, stipulari sine causa, und entſprechender Maaßen Ulp. ad Ed. und ad Sab. das non ex iusta causa esse rem apud aliquem und das promittere sine causa[1621]). Und indem hierin eine doppelte Claſſe von Condictionen anerkannt wird: die cond. rei, begründet durch rem pervenire ad aliquem, und die cond. obligationis, begründet durch obligari oder promittere, ſo iſt nun hieraus zu folgern, daß ſolcher zwiefache Thatbeſtand der Condiction in dem edictum perpetuum ausgeſprochen war (Beil. XXI § XXIV). Denn in der Praxis ſelbſt ward neben jenen beiden Objecten auch die possessio, das ius d. i. das Servitutenrecht und die liberatio als geeignetes Klagobject anerkannt und dem entſprechend nun noch eine cond. possessionis, iuris, wie liberationis ſtatuirt[1622]), während andrerſeits auch wieder neben das dare oder promittere noch das omittere als Modalität der Bereicherung geſtellt ward[1623]).

1621) Voigt, a. O. A. 226. S. 292. Auf Seiten des obligari iſt jedoch der Thatbeſtand weit beſchränkter, als auf Seiten des dare: denn dort greift wegen turpis causa Nullität Platz (A. 1624), die Condiction vielmehr nur wegen falsa causa.

1622) Voigt, a. O. § 47 fg. Neue Anſichten über die possessionis cond. trägt vor Bruns, die Beſitzklagen § 16 fg.

1623) Voigt, a. O. 399. vgl. oben A. 1047. So z. B. Ulp. 79 ad Ed. (D. XXXV, 3, 3. § 10): quae per errorem omissa vel soluta sunt, condici possunt; und im Beſonderen Pomp. 22 ad Sab. (D. XII, 6, 22. § 1): qui

Endlich unter Caracalla tritt hierneben noch eine ganz eigenartige cond. cautionis, worauf in § 147 im Näheren zurückzukommen iſt.

In Concurrenz mit jener Theorie von der cond. ob caus. ſtellt jedoch die gegenwärtige Periode noch eine andere Rechtsordnung, welche, von einem durchaus anderem dogmatiſchen Geſichtspunkte ausgehend, der Reſciſſibilität die Nullität ſubſtituirt und damit jener Klage ſelbſt ihre Anwendbarkeit entzieht. Und dies wiederum iſt der Fall bei zwei verſchiedenen Gruppen von Thatbeſtänden, deren eine, durch die Beſchaffenheit der Vitioſität der causa beſtimmt, theils die donatio inter virum et uxorem, theils die auf Reſolutivbedingung geſtellte causa, obwohl diesfalls nur in gewiſſen Fällen, umfaßt, und deren andere wiederum durch die Beſchaffenheit des Rechtsgeſchäftes beſtimmt wird, welchem die causa unterliegt, nämlich bei der Stipulation die iniusta, wie turpis causa[1624]) und in zwei iſolirten Fällen auch die causa non sec.; bei der iurata promissio operarum die falsa causa; bei den cumulativ acceſſoriſchen Rechtsgeſchäften die durch die ipso iure eingetretene Aufhebung der bezüglichen Hauptobligation gegebene finita causa; bei hypotheca, wie pignoris datio die nach dem Geſichtspunkte der cond. ob caus. relevante vitiöſe Beſchaffenheit des pactum conventum hypothecae und de pignore dando; bei con-

---

iter excipere deberem, fundum liberum per errorem mancipio dedi (Trib.: tradidi), incerti condicam, ut iter mihi concedatur, und dergl. ſ. a. O. 332 fg.; Ulp. 18 ad Sab. (D. VII, 5, 5. § 1): omissam cautionem posse condici incerti condictione und dergl. ſ. a. O. 356 fg.; Jul. 39 Dig. (D. XXX, 1, 60): quodsi nulla retentione facta domum tradidisset, incerti condictio ei competit, quasi plus debito solverit, und dergl. ſ. a. O. 643 fg. Arndts, Pand. § 341, 2 leugnet diesfalls cond. indebiti, ohne jedoch anzugeben, welche cond. ob caus. für den Fall ſolcher per errorem beſchehenen Vermögensleiſtung Platz greifen ſoll; im Uebrigen iſt eine derartige pure Negation ſchwer verſtändlich, da doch die entgegenſtehende Affirmative bereits genügend bewieſen war von Heimbach in Ztſchr. f. Civilr. und Proz. N. F. 1849. VI, 73 fg.; im Weiteren vgl. Voigt im Arch. f. civ. Pr. LIV, 75. A. 95. — Beiläufig bemerke ich noch wider Arndts a. O. § 341 A. 7, daß mein Ausſpruch a. O. A. 562 vom Irrthume handelt, die Entgegnung von Arndts dagegen vom Zweifel handelt, ich aber mit den Quellen zwiſchen error und dubium ſcheide.

1624) Die Nichtigkeit ſolcher Stipulation wird auf das Edict Pacta conventa (§ 117) geſtützt von Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 5. § 16).

stitutum debiti, pactum de non petendo, transactio, hypotheca und pignoris datio die iniusta, turpis, wie falsa causa, welche in der entſprechenden Beſchaffenheit der Hauptobligation gegeben iſt; endlich bei Rechtsgeſchäften, welche den Erwerb oder die Ausſchlagung des Erbrechtes oder Rechtes auf das Legat vermitteln, die vitiöſe causa im Allgemeinen[1625]).

Endlich ward aber auch der neue doctrinelle Begriff der causa dazu benützt, um die jüngeren acceſſoriſchen Rechtsgeſchäfte in Abhängigkeit zu ſtellen von der Exiſtenz der principalen Obligation, zu welcher jene hinzutreten und in der dieſelben jene causa gewinnen[1626]). Und dies nun iſt im Gegenſatze zu receptum argentarii, sponsio, fidepromissio und vadimonium (A. 1182) der Fall bezüglich der fideiussio[1627]), des constitutum debiti[1628]), wie der hypotheca und pignoris datio[1629]).

§ 134.

Die actiones rescissoria und restitutoriae. Die actiones utiles ex contractu vel quasi und ex delicto auf id quod pervenit und quanto locupletior factus est.

An die a. rescissoria, wie ſolche aus der Hand der vorhergehenden Periode hervorgegangen war (§ 121), knüpft der gegenwärtige Zeitraum eine Mehrzahl von verwandten Rechtsordnungen, welche einer dreifältigen Richtung anheimfallen: zuvörderſt wird die Anwendbarkeit jener Klage ſelbſt erweitert theils

---

1625) Vgl. über dieſe Fälle Voigt, a. O. § 69 und über den letzten insbeſondere Denſ. im Arch. f. civil. Pr. LIV, 30. 37.

1626) Voigt, a. O. § 26. 54. 59. vgl. daſ. S. 441 fg.

1627) Voigt, a. O. A. 350.

1628) Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 5. § 2), Justinian im Cod. IV, 18, 2. pr., wo ſolches Erforderniß dahin extendirt wird, daß auch das constitutum desjenigen debitum nichtig iſt, gegen welches der Prätor exceptio giebt: Pomp. bei Ulp. cit. (D. cit. 3. § 1), wogegen obligatio naturalis genügt: Ulp. cit. (D. cit. 1. § 7).

1629) Schilling, Inſt. § 204 h; vgl. Dernburg, Pfandr. § 66 fg., der dieſen Satz nicht anerkennt und in § 69 die Conſtituirung des Pfandrechtes ohne Exiſtenz einer Pfandſchuld für möglich erklärt. Davon verſchieden iſt die auf die Suſpenſivbedingung der künftigen Entſtehung einer Obligation geſtellte Conſtituirung des Pfandrechtes.

durch die Aufnahme der bezüglichen clausula generalis in das edictum perpetuum, theils durch die Erſtreckung derſelben auf neue Modalitäten das Rechts-Erwerbes oder -Verluſtes (A. 1454); ſodann wird ſolche rescissoria auf den Fall des Verluſtes der hereditas durch usucapio lucrativa ſogar ohne das Erforderniß einer Behinderung der Rechtsverfolgung durch ein S. C. Hadrians bei Gai. II, 57 übertragen und ſomit diesfalls her. pet. rescissa usucapione gegeben, während das Edict Quorum bonorum in Dig. XLIII, 2, 1. pr. hierin ſogar noch weiter geht und, die Uſucapion geradezu als nichtig behandelnd, directum interdictum und ohne Fiction ertheilt; und endlich ward, wofür bereits die vorige Periode mit ihrer Uebertragung der rest. i. int. auf die circumscriptio minorum einen Vorgang bot[1630]), die a. rescissoria unter der Benennung restitutoria auf Thatbeſtände erſtreckt, welche dem gleichen Geſichtspunkte einer darin belegenen Verletzung des Principes nemo cum damno alterius locupletior fieri debet unterfallen: theils auf die Fälle der cap. dem. minima und media, theils auf vis, dolus malus und error.

Was zunächſt nun die restitutoria wegen cap. dem. betrifft, ſo tritt dieſe Klage zu Tage als ein Product der neuen, dieſe Zeit beſtimmenden Anſchauungen und Ideen (Thl. II § 88) und als ein treues Zeugniß und Spiegelbild derſelben. Denn während in älteſter Zeit parallel mit der cap. dem. minima, welche den Uebergang vom Vermögen des deminutus auf den neuen Gewalthaber zur Folge hat, die Güter des der Civität Verluſtigen bonum vacans werden[1631]); während ſodann ſeit Entſtehung des ius gentium dann, wenn mit der cap. dem. nicht zugleich Vermögensconfiscation verbunden iſt, die auf demſelben beruhenden vermögensrechtlichen Verhältniſſe des deminutus in Beſtand verbleiben, abweichend hierin von der Rechtsordnung der cap. dem. minima, dagegen die auf das ius civile geſtützten Beziehungen ihren Untergang finden (A. 1139 fg.); ſo wird nun durch jene

---

1630) Ofil. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 4, 16. § 1). Die gegenwärtige Periode extendirte jedoch das Edict auf Fälle, wo der Mitintereſſent des minor nicht durch die circumscriptio des letzteren bereichert ward.

1631) Thl. II A. 26; vgl. Huſchke, Nexum A. 229. Im Uebrigen vgl. § 93.

restitutoria eine durchgreifende Abänderung jener bisherigen Rechtsordnung herbeigeführt. Denn indem solche Klage die Eigenthümlichkeit an sich trägt, im Gegensatze zu den anderen Fällen der rest. i. int. weder an besondere Beschränkungen, noch insbesondere an causae cognitio oder an die Verjährungsfrist gebunden zu sein, so vollzog sich in derselben, wie Savigny, Syst. II, 83 sehr treffend bemerkt, „in der That eine practische Aufhebung des alten Rechtssatzes, nur versteckt unter der Form einer Restitution, gewissermaaßen aus Respect gegen das alte Civilrecht.“ Allein da die Aufhebung jener alten Rechtsordnung doch wieder nicht direct, sondern nur auf dem Umwege der Fiction erfolgte, so griff man für die theoretische Fundirung dieser neuen Ordnung zu dem Satze, daß die cap. dem. eine obligatio naturalis zurücklasse[1632]).

Im Uebrigen steht neben der a. restitutoria wegen cap. dem. min. als fraglich die derselben zeitlich vorausgehende a. de peculio ex ante gesto wider den neuen Gewalthaber, welche von den Sabinianern negirt, von den Proculianern aber zugelassen wurde[1633]).

Dahingegen die restitutoria[1634]) wegen vis und dolus nimmt eine durchaus andere theoretische Stellung ein: dieselbe greift nur wegen dringenderer Utilitätsrücksichten und so nun lediglich in drei Fällen des Rechtsverlustes durch Rechtsgeschäft oder Litiscontestation Platz, theils nämlich im Falle der so beeinflußten repudiatio hereditatis[1635]), wo die a. quod met. c. und de dolo nicht die gleiche Sicherheit pecuniärer Befriedigung gewähren, wie die restitutorischen erbschaftlichen Klagen; theils dann, wenn die Liberation von einer Obligation auf jene Weise herbeigeführt worden ist, welchenfalls nun die a. quod met. c. und de dolo auf Redintegrirung der aufgehobenen Obligation sich richten und dann erst im Nothfalle aus der letzteren anderweit die gewöhnliche Klage auf deren Erfüllung zusteht, daher nun zur Vermeidung solcher lästigen Häufung von Rechtsmitteln die a. quod met. c. oder de dolo mit

1632) Ulp. 12 ad Ed. (D. IV, 5, 2. § 2).

1633) Ulp. 12 ad Ed. (D. XV, 1, 42); vgl. Böcking zu Gai. III, 84. Burchardi, Lehrb. § 250, 15.

1634) Wegen dieser a. restitutoria vgl. Voigt, Cond. ob caus. § 83. — Schliemann, Zwang 56 giebt in den Fällen von A. 1635. 1637 a. ficticia des Bon. Poss. und Publiciana; allein dies widerstreitet den Quellen.

1635) Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 6); vgl. A. 1592.

der Klage aus dem reſtituirten Contracte zur Einheit der restitutoria zuſammengezogen wird[1636]); theils endlich dann, wenn durch vis die Aufgabe eines dinglichen Rechtes herbeigeführt worden iſt, wo nun dem Gezwungenen ausreichendſter Schutz durch restitutoria rei vindicatio mit ächt dinglichem Character, im Falle des dolus malus aber gleiche Klage, obwohl lediglich in personam ertheilt wurde[1637]).

Und ſodann wiederum die restitutoria wegen error greift Platz im Falle des Verluſtes eines Klagrechtes durch Litisconteſtation, und ſo zwar bei Klage wider den Pupillen, dafern ein falsus tutor ſeine Auctoritas für die Lit. Cont. ertheilte, nach Maaßgabe des Edictes in Dig. XXVII, 6, 1. § 6, oder dafern der Kläger bei Klage von adjecticiſcher Qualität dieſelbe nicht auf das richtige Repräſentationsverhältniß fundirt hat[1638]).

Endlich die restitutoria wegen minor aetas wird von der Theorie auf den Thatbeſtand der circumscriptio minoris (A. 1409) im Geſchäftsverkehre (gerere) geſtützt und iſt ſonach ein auf ius speciale beruhendes Rechtsmittel wegen dolus malus (Argliſt: A. 1591), welches demzufolge eine nur untergeordnete Bedeutung für die Geſchichte des betreffenden Principes hat.

Neben die a. restit. wegen dolus malus insbeſondere tritt überdem bei Rechtsverluſt durch Richterurtheil noch das Verfahren, die verlorene Klage als directa zu ertheilen und der exc. rei iudicatae die replicatio doli oder in fact. conc. entgegenzuſtellen[1639]),

---

1636) Afric. 7 Quaest. (D. XLVI, 3, 38. § 4) u. a. m. ſ. A. 1216; Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 9. § 4), ſowie Proc. bei Jul. 4 ad Urs. Fer. (D. XI, 1, 18), wozu vgl. A. 1701. Gleiche Tendenz der Vereinfachung der Rechtsmittel bekundet Proc. 7 Ep. (D. XII, 6, 53). Wegen der a. quod met. c. und de dolo auf Reſtitution der aufgehobenen Obligation ſ. Voigt, Cond. ob caus. A. 306.

1637) Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 9. § 4. 6); Gord. im C. Just. II, 20, 3. — Diocl. daſ. IV, 44, 10.

1638) Pomp. 30 ad Ed. bei Ulp. 12 ad Ed. (D. XXVII, 6, 7. § 3). — Jul. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIV, 3, 13. pr.). Und danach iſt auch restitutoria vorauszuſetzen bei Lab. in Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 2, 1. § 10), Ulp. 75 ad Ed. (D. XLIV, 2, 11. pr.); vgl. A. 1701, ſowie Voigt im Arch. f. civ. Pr. LIV, 236 unter B 1—4.

1639) Vgl. hierüber Voigt, Cond. ob caus. A. 728; ſo replic. doli bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 25); replic. in fact. conc. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 9); endlich dieſe oder jene bei Hadr. in Call. 5 Cogn. (D.

während endlich bei vis, dolus malus, wie error im Falle des Rechtsverluſtes, der durch Verluſt von Rechtsmitteln auf andere Weiſe, als durch Lit. Cont. und reſp. Urtheil herbeigeführt wird, wie in vereinzelten anderen Fällen neben das obige Verfahren auch rest. i. int. im Wege reiner extraordinaria cognitio ſich ſtellt [1740]).

Hiernächſt ſodann die a. utilis ex delicto auf id quod pervenit nimmt civilrechtlich ihren Ausgang von der cond. ex lege repetundarum mit ihrer Richtung wider den dritten Beſitzer auf id quod pervenit (§ 121), eine Ordnung, welche, wenn auch nicht durch, ſo doch auf Grund des auguſteiſchen Edictes (§ 116) auf die a. quod met. c. in der Weiſe übertragen wurde, daß dieſe Klage als directa auch wider den dritten Beſitzer, obwohl ſpäterhin nur auf quanto locupletior factus est gegeben wurde (§ 92 unter III, 1. vgl. A. 1637), wobei jedoch, wie Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 5) bezeugt, ſolche Extenſion wider den bon. fid. possessor erſt in dem Zeitalter Tibers von Vivian poſtulirt ward.

XLII, 1, 33). Daneben bleibt aber die a. de dolo zuläſſig: Jul. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 20. § 1), die allein bei proclamatio ad libertatem möglich iſt: Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 24).

1640) Verluſt von Rechtsmitteln bei error: Voigt im Arch. f. civ. Pr. LIV, 236 fg. unter A, B 5. 6, C—F, ſowie unten A. 1701; bei vis und dolus malus vgl. Marcell. 3 Dig. (D. IV, 1, 7. § 1) und im Beſonderen Jul. 2 Dig. (D. II, 10, 3. § 1), ſowie Pomp. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 6). wo wiederum Trebat. bei Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 18. § 4) nur a. de dolo kennt; dagegen nicht von restit. i. int., ſondern von denegatio actionis wegen liquider Nullität (A. 1624) handelt Pomp. 28 ad Ed. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 5). Sodann gleiche Reſtitution bei error theils im Falle des Antrittes einer überſchuldeten Erbſchaft Seitens eines miles, theils im Falle der Nichterfüllung einer im Teſtamente geſetzten Poteſtativbedingung in Folge einer Unkenntniß derſelben, die durch eine dem S. C. Silanian. entſprechende Verzögerung der Teſtamentseröffnung veranlaßt iſt: Voigt, a. O. 60. 201.; ſodann wegen vis und dolus mal. bei hered. aditio, wo benefic. abstinendi gegeben wird: Pap. 30 Quaest. (D. XXIX, 2, 85), Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 21. § 5), ſowie nach Einigen bei manumissio: Pomp. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 9. § 2); ſ. A. 1592. Im Allgemeinen vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 727. — Gegenüber allen den Fällen, wo nach dem Obigen wegen dolus mal. rest. i. int. Platz greift, wird an der Subſidiarität der a. de dolo feſtgehalten: Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 6), Marcell. 3 Dig. cit., Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 25).

Und auf gleichen Grundgedanken beruht auch die a. Pauliana utilis mit ihrer Richtung auf das quanto locupletior factus est (A. 921).

Und zwar wird der in jener Klage ausgeprägte leitende Gedanke in die Parömie gekleidet: sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset oder ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet oder insbesondere: in alterius praemium verti alienum metum non oportet[1641]), und so nun zuerst nach der Richtung hin weiter entwickelt und verwendet, daß gewisse honorarische Delictsklagen mit Einschluß der a. quod met. c. und de dolo als utiles auch wider den Erben des Delinquenten auf id quod pervenit ertheilt werden (§ 92 unter II A). Denn so ward diese Rechtsordnung, welche insbesondere dem Edicte des Lucullus v. J. 678 über die a. vi. bon. rapt. noch fremd ist (A. 1113), aber bereits in den leges Juliae peculatus von 664 und repetundarum von 695 bezüglich der litis aestimatio peculatus, de residuis und repetundarum aufgestellt wird (A. 1459), durch das augusteische Edict auf die a. quod met. c. übertragen (§ 116) und wiederum durch den Prätor C. Cassius Longinus, cos. v. J. 30 für die dem interd. fraudatorium parallele a. in factum eingeführt[1642]), während gleichem Zeitalter auch die entsprechende Extension des interd. de opere restituendo, der a. vi bon. ademtorum adv. publicanos, wie der a. tributoria angehört[1643]).

Und gleichem Zeitalter gehört auch an die Ertheilung der honorarischen Delictsklagen mit Einschluß der a. quod met. c. und de dolo wider den Delinquenten selbst nach Ablauf der Verjährungszeit (§ 92 unter I), welch ein zwiefacher Anwendung auftritt:

1641) Pomp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 38); Ulp. 67 ad Ed. (D. L, 17, 149); 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 5).

1642) S. § 92 unter II A b und dazu Paul. 1 ad Ed. (D. XLIV, 7, 35. pr.). Irrig ist, wenn Huschke in A. 1414 cit. 126 diesen Cassius mit Jenem identificirt, der das Edict Pacta conventa zuerst proponirte: A. 1414.

1643) Alle drei sind dem Lab. bekannt: Ulp. 71 ad Ed. (D. XXXIX, 1, 20. § 8), Paul. 52 ad Ed. (D. XXXIX, 4, 4. pr.), Ulp. 29 ad Ed. (D. XIV, 4, 9. § 2). Andere derartige Extensionen sind wieder weit jünger: s. A. 1115, sowie Lab. bei Ulp. 12 ad Ed. (D. XXVII, 6, 9), der die a. adversus falsum tutorem wider die Erben schlechthin negirt.

theils bei den Interdicten als a. utilis auf id quod pervenit, wo ſie anfänglich durch einzelne Edicte ſpeciell proponirt[1644]), alsbald aber und ſo zwar bereits von Sab. bei Paul. 67 ad Ed. (D. XLIII, 1, 4) und von Caſſius (A. 1643) für alle Interdicte generaliſirt und ſpäter auch auf die a. de dolo übertragen wird; theils bei den übrigen honorariſchen Delictsklagen mit Einſchluß der a. quod met. c. als a. directa auf simplum, wo ſie zuerſt durch das auguſteiſche Edict für die letztere Klage (§ 116) und dann auch für andere Klagen beſonders proponirt, bereits von Caſſius aber (A. 1643) für alle ſolche Delictsklagen generaliſirt wird.

Nicht minder gehören dem gleichen Zeitalter an ebenſo die a. ex delicto de in rem verso und de peculio auf id quod pervenit (§ 92 unter II B), welche bereits von Lab. bei Ulp. 29. 66 ad Ed. (D. XV, 1, 3. § 12. XLII, 8, 6. § 12) gegeben wird[1645]), als auch die a. utilis ex delicto auf quanto locupletior factus est wider den Pupillen oder furiosus aus dem delictiſchen Gebahren des Tutor oder Curator (§ 92 unter II D), welche bereits dem Sab. bei Pap. 20 Quaest. (D. XXVI, 9, 3) bekannt iſt, während erſt nach dem Vorbilde dieſer Klage die a. utilis ex delicto auf id quod pervenit wider die juriſtiſche Perſon und den Mandanten aus dem Delicte des Repräſentanten (§ 92 unter II C) geſchaffen wird, demgemäß daher deren früheſte Erwähnung erſt bei Pomp. in Ulp. 10 ad Ed. (D. XLIII, 16, 4) ſich vorfindet.

Endlich die a. utilis ex contractu vel quasi auf quanto locupletior factus est wider den Pupillen oder furiosus auf Grund der Bereicherung deſſelben auf Unkoſten des Mitcontrahenten durch ein ohne Beitritt des Tutor oder Curator abgeſchloſſenes Rechtsgeſchäft (§ 91) ward eingeführt durch ein Reſcript von Antoninus Pius[1646]) und erlitt ſomit niemals Anwendung auf die in tutela

1644) So bezüglich der dem interd. fraudatorium parallelen a. in factum nach Ulp. 73 ad Ed. (D. XLII, 8, 10. § 24), daher zweifelsohne von C. Cassius in A. 1642; vgl. Paul. 1 ad Ed. (D. XLIV, 7, 35. pr.): in honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut, quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum.

1645) Vgl. denſ. bei Ulp. 28 ad Ed. (D. XIV, 3, 5. § 8 fg.). Dagegen kennt hier nur exc. Ofil. bei Paul. 6 ad Ed. (D. II, 10, 2): dandam mihi exceptionem adversus dominum, ne ex dolo servi dominus lucretur.

1646) Ulp. 10. 28 ad Ed. (D. III, 5, 3 § 4. XIII, 6, 3. pr.), 4 ad Sab. (D. XXVI, 8, 1. pr.), Paul. 1 Quaest. (D. III, 5, 34).

mulierum ſtehende Frau (Beil. XXI A. 120 fg.), wogegen wiederum aus derſelben die Klage wider den Gewalthaber aus dem von dem unmündigen Gewaltuntergebenen abgeſchloſſenen, deſſen Peculium bereichernden Rechtsgeſchäfte entwickelt wurde (A. 1108).

§ 135.

Die Ausgleichung der lites mit den condictiones.

Der Untergang der leg. a. sacr. in personam, welcher in der gegenwärtigen Periode ſich vollzog, entkleidete die lites ihrer proceſſualiſchen Eigenthümlichkeiten, dieſelben dem Formularproceſſe der lex Aebutia und des ius gentium unterſtellend und im Beſonderen der Klagformeln der condictiones theilhaft machend. Und indem damit zugleich die Vorausſetzungen und Unterlagen hinwegfallen, auf welche die vorhergehende Periode die Eintheilung von lites, iudicia und arbitria geſtützt hatte (Beil. XX § II), ſo wird nun an deren Stelle die neue Claſſification von stricti iuris und bon fid. actiones geſetzt (A. 1486) und dabei in jenem erſteren Eintheilungsgliede die lis und die condictio zur Art-Einheit zuſammengefaßt (§ 125). Allein wie berechtigt immerhin ſolche einheitliche Zuſammenfaſſung um deßwillen war, weil in dem principiellen Gegenſatze von aequitas und rigor, der das fundamentum dividendi jener Eintheilung ergiebt, die lites in der That gemeinſam mit den condictiones auf Seiten des rigor ſtehen und ſo einen gleichen Gegenſatz zu den bon. fid. actiones ergeben, ſo vollzieht ſich doch andrerſeits in der Setzung von jenem Eintheilungsgliede von Vorn herein lediglich eine Coordinirung der lites mit den condictiones unterhalb des Gattungsbegriffes des stricti iur. a., nicht aber eine Einordnung der lis in die condictio, eine Thatſache, die ſchon daraus ſich ergiebt, daß den ſpecifiſchen und correſpondirenden Gegenſatz zur bon. fid. a. nicht die condictio, als vielmehr die stricti iur. a. bildet[1647]). Vielmehr ſtellte ſich ſolcher Einordnung auf Seiten des Civilrechtes der Umſtand entgegen, daß in der That zwiſchen den lites und den condictiones gewiſſe hiſtoriſch über-

1647) S. A. 1486; und ſo z. B. auch Theoph. Par. IV, 13, 3: τὸν κονδικτίτιον, στρίκταν οὖσαν τὴν ἀγωγήν.

lieferte, civilrechtliche Verſchiedenheiten obwalteten, welche, durch jene proceſſualiſchen Reformen nicht betroffen, practiſch, wie theoretiſch von ſolcher Wichtigkeit waren, daß ſie Bedenken erregen mußten, die lites ohne Weiteres für condictiones zu erklären. Dahingegen auf Seiten des Proceßrechtes, indem, wie bemerkt, die lites den Formeln der condictiones überwieſen werden, ergab ſich hiermit wiederum die Conſequenz, daß die lites in Wahrheit condictiones ſeien. Hierin allenthalben war ſomit ein Widerſpruch gegeben, welchen nun die gegenwärtige Periode auf dem Wege löſte, daß man den Ausdruck condictio, welcher von Alters her Artbezeichnung der Klage ebenſo im civilrechtlichen, wie im proceßrechtlichen Sinne war, ſomit ebenſowohl das Klagrecht, wie die Klag- und Proceßformel in ihren ſpecifiſchen Eigenthümlichkeiten characteriſirte (§ 98. Thl. II, 240), fortan auf die letztere Beziehung allein beſchränkte und ſomit nur noch in der Bedeutung der Artbezeichnung der Klagformel oder Klage im proceſſualiſchen Sinne beibehielt[1648]), dagegen die Vertretung einer Claſſe von Klagrechten oder Klagen im civilrechtlichen Sinne demſelben gänzlich entzog, indem in letzterer Beziehung vielmehr der Ausdruck stricti iur. a. fortan allein verwendet wurde, ſonach aber die alten lites und condictiones civilrechtlich nur noch stricti iur. actiones, proceſſualiſch aber gleichmäßig condictiones ſind.

Andrerſeits griff gleichzeitig auch die Rechtswiſſenſchaft mit reformatoriſchen Theorien ein, um eine Ausgleichung der überlieferten civilrechtlichen Verſchiedenheiten zwiſchen den alten lites und condictiones in den wichtigſten Punkten zu vermitteln. Und zwar walteten dieſe civilrechtlichen Unterſchiede ſelbſt von Alters her ob theils bezüglich der Haftung des Debitor in dem Falle der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte bei debitum von res non fungibilis, theils bezüglich der Ordnung im Falle der mora accipiendi, wozu dann

---

1648) So Gai. IV, 18: condictionem dicimus actionem in personam, qua intendimus Dare nobis oportere; J. Just. IV, 6, 15. Theoph. in h. l und ſo im Einzelnen z. B. Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 1, 9. pr. § 1): certi condictio competit — ex legati causa. Nicht alle stricti iur. actiones ſind condictiones: ſo iſt die a. fideicommissi das Erſtere (A. 1675), nicht aber auch das Letztere, indem ſie extra ordinem geht.

endlich noch die durch das edictum de eo quod certo loco begründete Differenz trat.

Zunächst nun die letzte Verschiedenheit ward von der Rechtswissenschaft ausgeglichen: dieselbe übertrug die durch jenes Edict für die Stipulation und die mutui datio gesetzte Rechtsordnung (§ 119) theils auf die übrigen condictiones, so auf a. de constituta pecunia (A. 1432), theils aber auch auf die alten lites und so namentlich auf a. legati per damnationem, wie Paul. 28 ad Ed. (D. XIII, 4, 5) bezeugt.

Sodann aber in Bezug auf die mora accipiendi, welche innerhalb des Condictionenrechtes den Debitor ipso iure liberirte (bei A. 1217), während nach XII Tafelrechte derselbe nur dann liberirt wird, wenn er vergeblich eine denuntiatio wegen Abnahme des Schuldobjectes an den Gläubiger gerichtet hatte, ohne dieses dagegen ohne irgend welche Modification seiner Verbindlichkeit verhaftet verbleibt (bei A. 1172), erfolgte eine civilrechtliche Ausgleichung solcher Differenz lediglich innerhalb der Sphäre der certi cond. und dies zwar auf Grundlage der Rechtsordnung der XII Taf. (A. 1687), ohne jedoch von dauerndem Bestande zu sein, da bereits im Zeitalter Hadrians eine Uebertragung des Rechtes der bon. fid. negotia auf das Damnationslegat bewerkstelligt wurde (A. 1679), während im Uebrigen bei der certi cond. jene andere Rechtsordnung in Geltung sich behauptete. Dagegen innerhalb der Sphäre der trit. cond. erfolgte solche Ausgleichung gar nicht[1649]).

Endlich hinsichtlich der Verhaftung des Debitor von res non fungibilis im Falle der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte, welche nach XII Tafelrecht eine unbedingte ist d. h. ebenso im Falle casueller, wie verschuldeter Verkümmerung der Solution Platz greift (bei A. 1174), dagegen nach dem Condictionenrechte eine nur bedingte ist d. h. nur dann eintritt, wenn der Debitor durch seine culpa in faciendo die totale oder partielle Unmöglichkeit der Solution herbeiführte, wogegen derselbe bei jedweder andersartigen Verkümmerung der

---

1649) Während auf die a. legati per damn. das Recht der bon. fid. negotia übertragen wurde: A. 1679, blieb bei den übrigen Rechtsverhältnissen der cond. trit. die alte Rechtsordnung in Geltung: A. 1688.

Solution ipso iure liberirt wird (bei A. 1213), verfolgte die Rechtsentwickelung gleichfalls die Richtung, eine Ausgleichung der gegebenen Verschiedenheiten durch eine Reform der für die lites überlieferten Rechtsordnung herbeizuführen, eine Thatsache, welche namentlich hinsichtlich des Damnationslegates in den Quellen uns bekundet wird.

Und zwar schlug die Rechtswissenschaft hierbei den doppelten Weg ein, einestheils auf das Damnationslegat die Rechtsordnung der Stipulation ohne Weiteres zu übertragen, anderntheils aber auch für beide Rechtspartieen eine gemeinsame, neue Ordnung aufzustellen.

Zunächst nun nach dieser letzteren Richtung hin entlastet die Theorie beim Damnationslegate den Debitor von der Verhaftung für die schuldige Leistung insoweit, als ohne dessen Thätigkeit: bei einem non facere desselben die Unmöglichkeit der Solution eintrat, während sie insoweit denselben verhaftet sein läßt, als durch sein facere solche Unmöglichkeit herbeigeführt ward, gleichgültig im Uebrigen, ob solchem facere eine Verschuldung zu Grunde lag oder nicht, so daß daher auch derjenige Zufall, welcher in einer unzurechenbaren Thätigkeit des Debitor bestand, somit also dessen unverschuldete Vereitelung der Solution durch ein facere, denselben nicht von seiner Verbindlichkeit befreite. Diese Theorie aber, welche sich in ihren maaßgebenden Kategorieen auf das Genaueste an die leitenden Gesichtspunkte des ältesten römischen Rechtes anschließt, indem sie, wie jenes beim Proceßdelicte der temeritas litigii (§ 77), an einen rein objectiven Thatbestand die Rechtswirkungen anknüpft und von dem subjectiven Thatbestande einer Verschuldung, sei dies Dolus, sei es Culpa, völlig abstrahirt, wird in unseren Quellen vertreten von Julian[1650]) und Marcian, und so zwar von

Jul. in J. Just. II, 20, 16: si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit, et si servus alienus legatus sine facto[1651]) heredis manumissus fuerit, non tenetur heres.

1650) Dieselbe läßt sich daher im Gegensatze zu A. 1654 als die jüngere sabinianische Theorie bezeichnen.

1651) Theoph. in h. l. macht in diesem Punkte den Versuch, diesen Lehr-

Si vero heredis servus legatus fuerit et ipse eum manumiserit, teneri eum Julianus scripsit, nec interest scierit an ignoraverit a se legatum esse; sed et si alii donaverit servum et is cui donatus est, eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit a se eum legatum esse;

und 33 Dig. (D. XXX, 1, 84. § 4): eum, qui debilitatum ab herede servum acceperit, recte ex testamento agere;

Marcian. 6 Inst. (D. XXX, 1, 112. § 1): quum servum suum heres damnatus dare eum manumiserit, tenetur in eius aestimationem nec interest scierit an ignoraverit legatum. Sed et si donaverit servum heres et eum is, cui donatus est, manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit a se eum legatum esse.[1652])

Und gleiche Theorie wird auch bei dem Universal-, wie Singular-Fideicommiß in Anwendung gebracht von

Jul. 39 Dig. (D. XXXVI, 1, 25. § 2): si quis filium suum ex asse heredem instituit et codicillis, quos post mortem filii aperiri iussit, fidei eius commisit, ut, si sine liberis decesserit, hereditatem suam sorori suae restitueret, et filius, quum sciret, quod in codicillis scriptum esset, Stichum servum hereditarium testamento suo liberum esse iussit, heredes filii pretium eius servi sorori defuncti praestare debent. — Hoc amplius et si ignorasset filius codicillos a patre factos, nihilominus heredes eius pretium praestare debent, ne factum cuiusquam alteri damnum afferat;[1653])

ſatz mit der zweiten Theorie in Uebereinſtimmung zu ſetzen, indem er paraphraſirt: δίχα φάκτου ἤτοι δίχα δόλου.

1652) In 8 Inst. (D. XXX, 1, 114. § 19): interdum — cum lucro heredis moritur servus legatus vel per fideicommissum relictus, veluti si alienus vel licet proprius pluribus tamen separatim relictus, ut unusquisque in solidum capiat, scilicet si sine culpa heredis mortuus est, iſt demnach das sine culpa ſicher Interpolation eines sine facto.

1653) Dieſe Haftung erſtreckt Jul. nach Dig. cit. § 3 auch auf den Schaden, den der Fideicommiſſar an omnis causa erlitt, eine Extenſion die dem Geſichtspunkte von § 136 unterfällt, und die weder ſonſt noch bezüglich des Legates oder Fideicommiſſes ausgeſprochen wird, noch auch bei der Stipulation Platz greift: Paul. sent. rec. V, 7, 4. u. a. m. in § 98.

und bei Paul. 17 ad Plaut. (D. XXV, 1, 91. § 2): de illo quaeritur, an et is, qui nesciens se debere occiderit, teneatur; quod Jul. putat in eo, qui, quum nesciret a se petitum codicillis, ut restitueret, manumisit.

Die Concordanz dieſes Legaten-Rechtes mit dem Stipulations-Rechte aber vermittelte Julian auf dem Wege, daß er die dort aufgeſtellte Theorie auch auf die Stipulation übertrug, wie ſolches ſich ergiebt aus

Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 1): sin autem alienus fuerit (sc. fundus vel servus stipulatus) et ab alio tale quid acciderit (sc. puta fundus sacer factus vel servus manumissus fuerit), non tenetur (sc. promissor), quia nihil fecit; — quam distinctionem et Jul. sequitur.

Dahingegen die andere und zwar ältere ſabinianiſche Theorie[1654]) überträgt auf die Legats-Obligation ohne Weiteres die Ordnung des alten Condictionenrechtes, daß der Debitor bei eingetretener Unmöglichkeit der Solution von der Verpflichtung zu ſolcher zwar dann nicht befreit werde, wenn ihn eine culpa in faciendo trifft, wohl aber dann, wenn durch Zufall oder durch deſſen non facere ſolche Unmöglichkeit herbeigeführt worden iſt. Und dieſe Theorie nun wird vertreten von Maecian., Pomp., Ulp. und Paul.[1655]) und ſo zwar von

Maec. 8 Fid. (D. XXXV, 2, 30. § 4. 5): certis — corporibus et his ipsis ita relictis: „Pecuniam, quam in illa arca, vinum, quod in illis doliis, pondus argenti, quod in illis horreis habeo," si sine culpa heredis deperierunt vel deteriora sunt facta, procul dubio aut nihil debebitur aut eorum, quae extabunt, qualia erunt, ea portio debebitur, quae per legem Falcidiam efficiatur ex aestimatione bonorum, quae mortis testatoris tempore fuerint.

Incertae autem res relictae distinctionem recipiunt:

1654) Denn auf dieſelbe weiſt hin Jav. 4 Ep. (D. XXXV, 2, 61): negligentia eius (sc. heredis) nocere legatariis non debet.

1655) Auch von Atilicin. (A. 1119) und von Callistr. 4 Ed. mon. (D. XXXI, 1, 63), wo daher wegen der fehlenden a. legati eine a. in fact. gegeben wird.

nam si ex suis rebus incertam rem testator reliquisset, veluti „Argentum, quod elegerit“ et omne argentum testatoris interiisset sine culpa heredis, nihil deberetur; ſowie Dig. cit. § 6;

Pomp. 9 ad Sab. (D. XLV, 1, 23): si ex legati causa — hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares; 5. 6 ad Sab. (D. XXX, 1, 26. § 1. fr. 36. § 3. fr. 48. § 1), 9 Ep. (D. XLVI, 3, 92. pr.), 7 ex Plaut. (D. XXXI, 1, 11. § 1);

Ulp. 25 ad Sab. (D. XXX, 1, 53. § 3): si heres hominem legatum occidit ob facinus hoc est merentem, sine dubio dicendum erit eum ex testamento non teneri; ſowie daſ. § 4—9; 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. § 2—5); 11. 28 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 5. XLVI, 3, 27);[1656])

Paul. sent. rec. III, 6, 9: servo fataliter interempto legatarii damnum est, quia legatum nulla culpa heredis interiit; 3 ad Sab. (D. XXX, 1, 35); 22 ad Ed. (D. IX, 2, 14); 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXX, 1, 49. pr.); 1 Fid. (D. XXXII, 1, 8. pr.).

Und auch dieſe Theorie ward auf das Fideicommiß übertragen:

Pomp. 2 Fideic. (D. XXXVI, 1, 70. § 1); Ulp. 33 ad Ed. (D. XXX, 1, 59).[1657])

Immerhin aber iſt dieſe letztere Theorie nicht conſequent durchgeführt, indem der Fall, daß eine res aliena legirt oder fideicommittirt iſt, der Eigenthümer derſelben aber ſolche an den Erben zu veräußern ſchlechterdings verweigert, der zufälligen Vereitelung der Solution unterfällt, gleichwohl aber ſolchenfalls jene Theorie, hierin die älteſte Rechtsordnung aufrecht erhaltend,

---

1656) Eine Ausnahme ſtatuirt Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 41. § 16. fr. 43. pr.), 2 Fid. (D. cit. 42) für den Fall der inaedificatio, welche nach dem S. C. Acilian. nicht gelöſt werden darf. Hier waltet ein beſonderer Grund ob: indem die Unmöglichkeit zur Folge hat, daß der Erbe die res legata für ſich behält, ſo wird zur Abwendung ſolcher ungerechtfertigten Bereicherung ſingulärer Weiſe a. legati gegeben.

1657) Nicht beſtimmbar iſt, welcher der obigen beiden Theorieen angehört Pap. 9 Resp. (D. XXXVI, 1, 58. § 6).

dem Erben die Verbindlichkeit zur Leiſtung der Aeſtimation von der res legata oder fidei commissa gegenüber dem Legatare und Fideicommiſſare auferlegt (A. 1174).

Im Uebrigen aber läßt jene ſabinianiſche Theorie noch darin eine weſentliche Verſchiedenheit zwiſchen dem Stipulations- und dem Legaten-Rechte beſtehen, daß, während nach der auch von der ſpäteren Rechtswiſſenſchaft adoptirten Lehrmeinung der Sabinianer die condicio impossibilis die Stipulation nichtig macht, dieſelbe beim Legate als nicht geſetzt gilt:

Gai. III, 98: si quis sub ea condicione stipuletur, quae existere non potest, veluti si digito caelum tetigerit, inutilis est stipulatio; sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde valere putant, ac si ea condicio adiecta non esset, diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem.[1658])

Beide obige Theorieen aber laſſen die älteſte Rechtsordnung, wonach der Erbe alleinig die res legata ſelbſt, nicht aber den aus derſelben etwa gemachten Gewinn zu reſtituiren hat (A. 1177), auch bezüglich des Falles in Geltung, daß der Erbe bei einer von ihm nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Leiſtung ſolchen Gewinn erlangte, dieſe Ordnung zugleich auf das Fideicommiß extendirend, und auch hierin ſomit die Concordanz mit dem Stipulationsrechte wahrend:

Paul. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXI, 1, 49. pr.): mortuo bove, qui legatus est, neque corium, neque caro debetur;

1658) So auch bezüglich des Legates: Serv. bei Alf. 2 Dig. a. Paul. ep. (D. XXVIII, 5, 45) und derſ., ſowie Sab. und Cass. bei Pomp. 3 ad Sab. (D. XXXV, 1, 6. § 1); Jul. 1 ad Urs. Fer. (D. XXX, 1, 104. § 1); Ulp. 6, 24 ad Sab. (D. XXXV, 1, 3. XXXVI, 2, 5. § 4); J. Just. II, 14, 10; vgl. Lab. 2 Post. a Jav. ep. (D. XXVIII, 7, 20. pr.) und bei Pomp. 3 ad Sab. (D. XXXV, 1, 6. § 1); Pomp. 2 ad Qu. Muc. (D. XXVIII, 3, 16); Ulp. 5. 9 ad Sab. (D. XXVIII, 7, 1. 6), 6 Reg. (D. XXVIII, 5, 50. § 1); und anderentheils bezüglich der Stipulation: Marcell. bei Paul. 2 ad Sab. (D. XLV, 1, 8); Gai. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 11); Maec. 2 Fid. (D. cit. 31); Ulp. 6 ad Sab. (D. XLV, 1, 7), 26 ad Ed. (D. XII, 1, 9. § 6); Paul. 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 35. pr.), 18 ad Ed. (D. XLVI, 1, 29); Venul. 1. Stip. (D. XLV, 1. 137. § 6); J. Just. III, 19, 11.

2 Fideic. (D. XXXVI, 1, 66. § 2): si damno in servo hereditario datum sit, licet per servum hereditarium heredi competere actio coepit, non tamen transit legis Aquiliae actio ad fideicommissarium: hae enim actiones transeunt, quae ex bonis defuncti pendent; [1659]) vgl. 2 Man. (D. XLVII, 2, 85) und bei A. 1177 fg.

Während so daher durch eine jede von jenen beiden Theorieen die gestellte Aufgabe gelöst wird, auch in Bezug auf die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem ökonomischen Gehalte eine Ausgleichung zwischen den alten lites und den originären condictiones herbeizuführen, und so nun in allen den obbezeichneten drei wichtigeren Punkten die Verschiedenheiten zwischen jenen beiden Rechtsgruppen beseitigt werden, so treten andererseits wiederum in der Rechtswissenschaft Theorieen auf, welche jenen Ausgleichungstendenzen durchaus fern bleiben.

Und zwar ist dies einerseits eine dritte, die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution bei Fideicommiß betreffende und zwar proculianische Theorie, welche, vertreten von Nerat., Afric. und Scaev., eine Ausgleichung der hier überlieferten Ordnung nicht mit dem alten Condictionenrechte, als vielmehr mit der Rechtsordnung der bon. fid. negotia anstrebt und die daher in § 136 zur Darstellung zu bringen ist.

Und andererseits wiederum bezüglich der Stipulation tritt eine Theorie hervor, welche den ganz neuen Gedanken ausspricht, daß dann, wenn die promittirte res non fungibilis nicht Eigenthum des promissor ist, derselbe zwar lediglich für culpa in faciendo haftet, anderenfalls dagegen derselbe den casus trägt, somit aber auch für culpa in faciendo, wie non faciendo haftet, eine Theorie, von welcher eine vereinzelte Spur sich erhalten hat bei

Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 1): si sit quidem res (sc. promisca) in rebus humanis, sed dari non possit, ut fundus religiosus puta — vel servus manumissus —,

---

1659) Nach Mommsen, Beitr. I, 103 soll hiermit nur der Uebergang ipso iure negirt sein; allein da überhaupt keinerlei Recht ipso iure auf den Fideicommissar übergeht, so muß transire die Restitution bezeichnen. — Wegen gleicher Ordnung beim Stipulationsrechte s. bei A. 1212.

culpa in hunc modum diiudicatur, ut, si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel postea fuerit, et quid eorum acciderit, nihilominus teneatur. Idemque fiet, et si per alium, posteaquam ab hoc alienatus sit, id contigerit.

Sin autem alienus fuerit et ab alio tale quid acciderit, non tenetur, quia nihil fecit.

§ 136.

Die Ausgleichung der stricti iuris mit den bonae fidei actiones.

Hand in Hand mit der in § 135 dargelegten Tendenz, eine Ausgleichung zwiſchen den alten lites und condictiones herbeizuführen, geht die anderweite, principiell weit extremere Tendenz auch zwiſchen den stricti iur. und den bon. fid. actiones eine Annäherung zu vermitteln, im letzten Endziele ſomit eine Ausgleichung zwiſchen Beiden anzubahnen.

Dieſe Tendenz liegt bereits der doli clausula mit ihrer ganz verallgemeinerten Verwendung bei der Stipulation (§ 115. 124 unter 3) zu Grunde, und manifeſtirt ſich auch in gleicher Modalität, obwohl in beſchränkterer Beziehung in den der Stipulation inſerirten boni viri arbitrii clausulae „recte," wie „bene" oder „bono modo," deren letztere das dadurch qualificirte dare oder facere unter die Controle der boni mores ſtellen (A. 1244), während die erſte an und für ſich zwar die betreffende Präſtation einfach auf den boni viri arbitratus ſtellt und ſomit bloß rückſichtlich des Principes der arbiträren richterlichen Cognition die Stipulation modificirt, doch aber auch wiederum durch das Mittel ſolcher Modification dem Principe der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung eine Einwirkung eröffnet, indem insbeſondere dadurch die triticaria und incerti condictio, wie die a. ex stipulatu eine Extenſion auf die omnis causa gewinnen.[1660])

1660) Vgl. Beil. XIX A. 48—50, und namentlich Ulp. 80 ad Ed. (D. L. 16, 73): haec verba in stipulatione posita: „Eam rem recte restitui" fructus continent; „recte" enim verbum pro viri boni arbitrio est. Vgl. jetzt auch Birkmeyer, Exceptionen § 19.

Der Schwerpunkt jedoch jener Tendenz liegt nicht in dem rechtsgeschäftlichen Verkehre mit seinen Formelconceptionen, als vielmehr in den dogmatischen Reformen der Theorie, welche eine unmittelbare Uebertragung der für die bon. fid. actiones gegebenen Ordnungen auf die stricti iur. actiones in gewissen Punkten vollzog und damit nun eine Annäherung, wenn auch nicht eine Ausgleichung zwischen der stricti iur. und bon. fid. a. bewerkstelligte.

Denn, was zunächst diesen letzteren Moment betrifft, so blieb allerdings die Verschiedenheit zwischen stricti iur. und bon. fid. a. vor Allem in denjenigen Punkten in Bestand, in denen die der letzteren überwiesene Nebenfunction, als Schäden- oder Bereicherungsklage die Postulate der aequitas zu verwirklichen, innerhalb der Sphäre des rigor durch besondere und eigens hierfür berufene Rechtsmittel ersetzt wurde, da ja hier auf solchem besonderen Wege der aequitas eine Einwirkung auf den rigor bereits eröffnet war und damit nun für die Theorie die Veranlassung entfiel, ihrer Seits nach solcher Richtung hin noch reformirend einzugreifen. Und demgemäß hat daher die stricti iur. a. niemals die Nebenfunction übernommen einer a. de dolo, quod met. c. oder cond. ob caus., und ist ebensowenig empfänglich gemacht worden, die auf die Sätze der aequitas gestützten Defensionalmomente zur defensio ipso iure in sich aufzunehmen, indem hierfür stets die exc. doli mali nothwendig blieb (§ 132). Immerhin aber treten bereits in diesem letzten Punkte gewisse Ausnahmen hervor, insofern gewisse Defensionalmomente der aequitas auch gegenüber der stricti iur. a. singulärer Weise ipso iure anstatt ope exc. doli zur Geltung gelangen. Und zwar ist solches, abgesehen von der mora accipiendi, bei der alten condictio (§ 137 a. E.) der Fall theils bezüglich der impensae necessariae, welche der zur Restitution von fructus Verpflichtete auf diese selbst verwendet hat,[1661]) theils bezüglich der aus den pacta adiecta

1661) Diocl. im C. Just. VII, 51, 1: hoc fructuum nomine continetur, quod iustis sumtibus deductis superest; und im Besonderen Paul. 17 ad Plaut. (D. XII, 6, 65. § 5): ei qui indebitum repetit et fructus et partus restitui debent deducta impensa; und so auch bei missio in bona: Ulp. 62 ad Ed. (D. XXII, 1, 46). Es ist jenes ein alter Satz der aequitas: A. 960.

ſich ergebenden Einreden (A. 1420), theils endlich bezüglich einer dreifachen Anwendung des auf die stricti iur. a. übertragenen Principſatzes des ne bis idem exigatur (A. 1668), nämlich ebenſowohl bezüglich des Rechtsſatzes: bis idem promissum vel legatum amplius quam semel peti non potest,[1662]) als auch bezüglich der Rechtsordnung über den concursus duarum causarum lucrativarum,[1663]) wie endlich auch bezüglich der Solution bei Debitum aus ſolennem Rechtsgeſchäfte (A. 1614[a]).

Sodann iſt es aber auch eine Anzahl noch weiterer Punkte, in denen eine Uebertragung der Rechtsordnung der bon. fid. auf die stricti iur. actiones nicht erfolgte, inſofern entweder eine zwar parallele, aber doch verſchiedene Ordnung in Geltung ſich behauptete: bezüglich der Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte (§ 135), ſowie bezüglich der mora accipiendi (§ 137 a. E.), oder aber eine analoge Rechtsordnung gar nicht ſich vorfindet: theils bezüglich der reticentia,[1664]) wie der verſchuldeten Vereitelung der Solution am legalen Leiſtungsorte,[1665]) theils bezüglich des von dem Debitor mittelſt der res debita gemachten Gewinnes (A. 1659) oder bezüglich der auf die res principalis vom Debitor verwendeten impensae necessariae, wo ſchon in Folge des Umſtandes, daß bei dem stricti iur. negotium weder zwei verſchiedene Hauptklagen

---

1095. 1267. — Dahingegen beruht nicht auf einem der aequitas eigenthümlichen Satze, daher auch nicht hierher gehört die Nichtigkeit der contra ius oder bonos mores lautenden Stipulation (A. 1624), wie der gleichartigen condicio institutionis oder legati: Pap. 16 Quaest. (D. XXVIII, 7, 15). Marc. 4 Inst. (D. cit. 14); denn hier iſt auf Grund des rigor defensio ipso iure gegeben, wie auch in anderen Fällen: A. 1606.

1662) Pomp. 10 ad Sab. (D. XLV, 1, 18): qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur; und bei Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX. 1, 34. § 1): si eadem res saepius legatur in eodem testamento, amplius quam semel peti non potest; vgl. Gneiſt, form. Vertr. 148. A. 40.

1663) Vgl. Schmidt, Quid sit quod vulgo dicitur duas causas lucrativas etc. Berol. 1848. Arndts in Glück, Pand. XLVI, 250 fg. Mommſen, Beitr. I, 255 fg. Voigt, Cond. ob caus. § 30.

1664) A. 1176. Voigt im Arch. f. civ. Pr. LIV, 204.

1665) D. h. außerhalb der Sphäre des edict. de eo quod certo loco. welches aber wiederum die Klage umwandelt: § 119. Wegen der Ausnahme bezüglich Legates und Fideicommiſſes ſ. unten.

einander, noch eine a. contraria der directa gegenüberſtehen, das Organ zur aggreſſiven Geltendmachung des Impenſenanſpruches fehlte, ebenſowenig aber auch in defenſiver Richtung ſolche Impenſen als Gegenanſpruch zugelaſſen werden.[1666]) Und ſo wird endlich auch in der letzteren Richtung die Relevanz des error in der Willensbeſtimmung, welche die gegenwärtige Periode bezüglich der bon. fid. a. ausſprach (A. 1557), ebenſowenig auf die stricti iur. a. übertragen (A. 1175).

Dagegen erfolgt andrerſeits in der gegenwärtigen Periode eine Uebertragung der für die bon. fid. negotia gültigen Rechtsordnung auf die cond. trit. theils bezüglich der doloſen Verweigerung der stipulatio simplae vel duplae und dies ſogar nicht bloß bei entgeltlichen Veräußerungsgeſchäften, dafern die Stipulation in concreto ein ſolches vermittelt, ſondern ganz extremer Weiſe auch beim legatum generis,[1667]) theils ſodann bezüglich gewiſſer Wirkungen der mora solvendi: bezüglich der Verhaftung des Debitor für Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte durch Zufall oder Culpa, bezüglich des Zeitpunktes und Ortes, welche maaßgebend ſind für die der Aeſtimation zu Grunde zu legenden Werthverhältniſſe, wie endlich bezüglich der purgatio moraе, Punkte, die in § 137 im Einzelnen feſtzuſtellen ſind.

Und dann wieder auf Seiten der Defenſionalmomente voll-

1666) Dadurch, daß der Schuldner die res debita nicht in natura präſtirt, ſondern die dafür entfallende Aeſtimation leiſtet, kann derſelbe ſtets dem Verluſte ſeiner Impenſen für noch vorhandene Ameliorationen vorbeugen. Im Uebrigen iſt damit nicht ausgeſchloſſen, daß nicht auf Grund ſpeciellen Rechtstitels, wie mandatum oder neg. gest. Impenſen aggreſſiv durch die betreffende bon. fid. a. und defenſiv durch die entſprechende exc. doli in concreto gefordert werden können; allein ipso iure und in abstracto kennt das stricti iur. negot. keine Pflicht zur Reſtitution der impensae necessariae auf die res principalis. Wegen der Ausnahmen bezüglich des Legates und Fideicommiſſes ſ. A. 1677, bezüglich der cautio rei uxoriae ſ. A. 1402, bezüglich der cond. ob caus. ſ. A. 1675.

1667) Scaev. 13 Quaest. (D. XLV, 1, 131. § 1): qui fundum sibi aut Titio dari stipulatur, quamvis fundus Titio traditus sit, nihilominus petere fundum potest, ut sibi de evictione promittatur. Legat: Lab. 2 Post. a Jav. ep. (D. XXXIII, 1, 29. § 3); Ulp. 51 ad Ed. (D. XXX, 1, 71. § 1); vgl. Pomp. 6 ad Sab. (D. cit. 45. § 1), 9 Ep. (D. cit. 46).

zieht ſich eine Ausgleichung zwiſchen den bon. fid. und stricti iur. a. ebenſowohl darin, daß die dem rigor entſtammende, auf die bon. fid. a. übertragene und hier ope exc. doli geltend zu machende Compenſation wegen nicht connexer Gegenanſprüche durch ein Reſcript von Antoninus Philoſ. für alle stricti iur. actiones verallgemeinert wurde (A. 1612), theils darin, daß das Princip des ne bis idem exigatur als Normativ für die Klagenconcurrenz auch auf dieſe letzteren Klagen übertragen und hier nun ope exc. doli zur Geltung gebracht wurde.[1668]) Und endlich fällt ſolcher Tendenz noch anheim der Rechtsſatz, daß dann, wenn in Folge des Dolus des Beklagten die litigiöſe res non fungibilis nicht mehr in natura äſtimirt werden kann, bei cond. triticaria oder entſprechender a. ex stipulatu im Nothfalle das iusiurandum in litem zuzulaſſen ſei (A. 837 vgl. A. 839).

In noch weitergehender Maaße erfolgte endlich eine Aneignung des Rechtes der bon. fid. a. bezüglich einzelner, dem strictum ius angehöriger Klagindividualitäten: bezüglich der cond. ob causam, wie der Klagen aus legatum per damnationem und sinendi modo, wie aus Fideicommiß.

Und zwar, was zunächſt die cond. ob caus. betrifft, ſo iſt allerdings nicht lediglich durch die obige Tendenz, ſondern auch durch die Natur jener Klage als Bereicherungsklage beſtimmt, daß dieſelbe nicht bloß auf die res principalis, ſondern auch auf den durch dieſelbe vom Debitor gemachten Gewinn und insbeſondere auf die omnis causa ſich erſtreckt, und daß nicht minder bei nicht vertretbarer Vereitelung der Solution der Debitor auf den dabei gemachten Gewinn verhaftet iſt.[1669])

1668) So bei cond. tritic.: Paul. de conc. act. (D. XLIV, 7, 34. § 1); bei a. ex stipulatu: Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 7), Jul. 3 ad Urs. Fer. (D. XIX, 1, 28). Daneben aber auch bei noch anderen Klagen, ſo z. B. Jav. 15 ex Cass. (A. 1101). Vgl. Sab. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14. 10. § 1), ſowie A. 1101. Savigny, Syſt. V. § 231 fg. Buchka, Einfluß I § 2. Bei der bon. fid. a. ordnet ſich das Verhältniß am Angemeſſenſten dem Geſichtspunkte der causa finita unter, der es in A. 1101 unterſtellt iſt. Im Uebrigen vgl. noch A. 1662 fg. 1699.

1669) Vgl. in erſterer Beziehung Voigt, Cond. ob caus. A. 275 und insbeſondere Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 1), in letzterer Beziehung vgl. denſ. A. 257 und insbeſondere Cels. 6 Dig. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII.

Wohl aber ist es eine der bon. fid. a. entlehnte Ordnung, welche die Verhaftung des Debitor wegen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomischen Gehalte bestimmt. An und für sich nämlich ist es ein zwiefacher Gesichtspunkt, welcher in dieser Beziehung eingreift: denn einerseits wird der cond. ob caus., als Bereicherungsklage, von Vorn herein die Richtung auf das id quod pervenit beigemessen (A. 929), eine Auffassung, die ganz von selbst schon um deßwillen sich darbot, weil die Klagen mit der taxatio auf quanto locupletior factus est überhaupt erst Product der gegenwärtigen Periode sind (§ 134); und diese Auffassung nun ergab ohne Weiteres, daß der Debitor auch wegen casueller Verkürzung der Solution zu haften habe und insbesondere der cond. caus. non sec. unterworfen sei, eine Consequenz, die hervortritt bei

Cels. 3 Dig. (D. XII, 4, 16): dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; — — si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares.[1670])

Auf der anderen Seite dagegen war für die cond. ob caus. in Consequenz ihres Naturelles als condictio der Satz geboten, daß der Debitor nur wegen culpa in faciendo, weder aber wegen culpa in non faciendo, noch wegen casus verhaftet sei (§ 98. 135). Allein die Theorie gab beide Consequenzen zu Gunsten des von der bon. fid. a. entlehnten Rechtssatzes auf, daß der Debitor zwar nicht für casus,[1671]) wohl aber für alle culpa: in faciendo, wie non faciendo und für Dolus, wie für Culpa zu haften habe. Und dieser Satz nun tritt zu Tage bezüglich der cond. indeb. bei

---

6, 26. § 12); Jul. 80 Dig. (D. XXXIX, 6, 19) und bei Afr. 2 Quaest. (D. XII, 1, 23); Paul. 17 ad Plaut. (D. XII, 6, 65. § 7, 8); der letztere Rechtssatz kehrt auch bei der form. pet. wieder: § 84 unter D I 1. Dagegen in Bezug auf die Verzugszinsen folgt die cond. ob caus. strict dem Gesetze des rigor: A. 1206. Im Uebrigen vgl. noch A. 1671. 1750.

1670) Vgl. Mommsen, Beitr. I, 393. A. 16.

1671) Vgl. Windscheid, Pand. § 424 A. 3. Eine Ausnahme ergiebt die cond. furtiva, wo der Debitor schlechthin und auch für casus haftet: Voigt, a. O. A. 261, wogegen für die cond. ob turp. caus. das Gleiche doch wohl nicht aus Diocl. im C. Just. IV, 7, 7. zu folgern ist; vgl. auch Sab. bei Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 7); Jul. 22 Dig. (D. XIII, 1, 14. § 2) und bei Ulp. 30 ad Ed. (D. XXV, 2, 17. § 2); Ulp. 37 ad Ed. (D. XLVII, 2, 52. § 28); Paul. 18 ad Ed. (D. XII, 2, 30. § 1). Allein die cond. furt. ist nicht

Jul. 10 Dig. (D. XII, 6, 32. pr.): quum is, qui Pamphilum aut Stichum debet, simul utrumque solverit, si, postea-quam utrumque solverit, aut uterque aut alter ex his desiit in rerum natura esse, nihil repetet: id enim re-manebit in soluto, quod superest;

Paul. 17 ad Plaut. (D. XII, 6, 65. § 8): si servum indebitum tibi dedi eumque manumisisti, si sciens hoc feci‌sti, teneberis ad pretium eius, si nesciens, non teneberis (ſ. A. 1674);

bezüglich der cond. caus. fin. bei

Pomp. 22 ad Sab. (D. XII, 4, 15), wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. 701; Jul. bei Ulp. 15 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXIX, 6, 37. § 1. ſ. A. 1674); ſowie

Paul. 17 ad Plaut. (D. XXXIX, 6, 39): si is cui mortis causa servus donatus est, eum manumisit, tenetur condictione in pretium servi, quoniam scit posse sibi condici, si convaluerit donator (ſ. A. 1674);

wie auch bei cond. caus. non sec., wo derſelbe zugleich dahin ſich verallgemeinert, daß im Falle des Innominatcontractes insbeſondere dieſe Klage nur dann Platz greift, wenn der Nichteintritt der causa futura durch Verſchuldung des Debitor: culpa in faciendo oder non faciendo herbeigeführt iſt, dagegen ausgeſchloſſen wird, wenn ſolcher Nichteintritt ein caſueller oder überhaupt unverſchuldeter iſt:

Diocl. im C. Just. IV, 6, 10: pecuniam a te datam, licet causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est;

Bereicherungs-, ſondern Schädenklage: das quanti ea res erit der condemnatio umfaßt hier ausnahmsweiſe das id quod interest: § 81 unter III A, wobei überdem im Falle des Unterganges der res debita deren Aeſtimation in pönaler Steigerung nach dem Zeitpunkte erfolgt, quo res umquam plurimi fuit: § 72 unter 2 b. vgl. auch A. 1675, ein Geſetz, welchem auch die a. rer. amot. folgt: Tryph. 11 Disp. (D. XXV, 2, 29). Und ſodann wird auf die cond. furtiv. der Effect der mora solvendi bei bon. fid. a. übertragen (§ 119), daher der Debitor nicht bloß für das periculum rei, ſondern auch für omnis causa: Jul. bei Paul. 9 ad Sab. (D. XIII, 1, 3), Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 1, 8. § 2), wie für Schadenerſatz haftet. Und auch dieſe Sätze ſind auf die a. rer. amot. übertragen worden: Paul. 37 ad Ed. (D. XXV, 2, 21. § 3, 4).

und ſo nun insbeſondere bei pactum Do pecuniam, ut manumittas:

Proc. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 4, 3. § 3): si post id temporis decesserit (sc. servus manumittendus), quo manumitti potuit, repetitionem esse (sc. pecuniae datae); si minus, cessare; Ulp. 2 Disp. (D. XII, 4, 5. § 3. 4)[1672];

bei pactum donationis sub modo Do pecuniam, ut servum emas et manumittas:

Ulp. 2 Disp. (D. XII, 4, 5. § 2): si ante (sc. quam manumittatur servus emtus) decessisse proponatur, nihil praestabit, si modo per eum factum non est; quod si fugit nec culpa eius contigit, qui redemit, nihil praestabit; plane repromittere eum oportet, si in potestatem suam pervenerit, restitutum iri;

bei pactum Do pecuniam, ut mandata confeias:

Ulp. 2 Disp. (D. XII, 4, 5. pr.): si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum condicio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus proficiscereris, an condici possit videndum. Et quum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare[1673];

vgl. Sept. Sev. bei Ulp. 8 de Omn. trib. (D. L, 13, 1. § 13), Paul. Reg. (D. XIX, 2, 38. § 1) und dazu A. 1064.

Und endlich iſt es nicht minder ein dem rigor durchaus fremder, der aequitas eigenthümlicher und zwar der form. pet. entlehnter (A. 978), wie in gewiſſer Analogie auch bei der reticentia (§ 87 unter III) auftretender Gedanke, daß bei verſchuldeter Vereitelung der Reſtitution Seitens des Debitor deſſen Haftung einer pönalen Steigerung unterliege und zwar derſelbe nach Wahl des Creditor entweder für das bei jener Vereitelung erzielte pretium rei: den Kaufpreis oder für die res ipsa verhaftet iſt, ſomit aber dem Letzte-

1672) Ulp. zieht hierbei noch zwei Momente in Betracht: theils die poenitentia, die das Verhältniß weſentlich ändert: Voigt a. O. 741 unter 2; theils den Fall, daß der zu Manumittirende dem Manumiſſor nicht feil war, wo nun Ulp. ſingulärer Weiſe die cond. eaus non sec. auf Reſtitution des empfangenen Geldes zuläßt, beſtimmt durch einen principiellen Geſichtspunkt der Sabinianer: A. 1753.

1673) Vgl. Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 12. § 17), ſowie Voigt, a. O. 703, 739, 741.

ren die Gefahr des Unterganges der vom Schuldner veräußerten res debita abgenommen wird,[1674]) wie nicht minder auch, daß der Creditor dem Debitor die von dieſem aufgewendeten impensae necessariae zu reſtituiren hat.[1675])

Alle dieſe Unebenmäßigkeiten der cond. ob caus. finden indeß ihre naheliegende Erklärung in dem dreifachen Momente, daß theils die condemnatio Quanti ea res erit ganz anomaler Weiſe die Richtung auf das id quod pervenit in ſich aufnimmt (A. 929), theils in der cond. ob caus. das ganz widerſpruchsvolle Verhältniß ſich ausprägt, daß ein Poſtulat der aequitas mit den Mitteln und Formen des rigor: durch eine stricti iur. a. verwirklicht wird (§ 120), theils endlich die cond. ob caus. eine verhältnißmäßig ſehr junge Klage iſt, zu deren Entſtehungszeit bereits die Ideen der aequitas in der gemeinen Meinung das Uebergewicht über die Ideen des rigor erlangt hatten.

Was endlich die Klagen aus Fideicommiß[1676]) und legatum per damn., wie sinendi modo anbetrifft, ſo tritt an ſolchen in fünf Punkten eine weſentliche Abweichung von der Structur der stricti iur. a. zu Tage. Und zwar zunächſt darin, daß der Erbe einen Anſpruch auf Erſatz wegen der auf die res legata oder fidei com-

---

1674) Jul bei Ulp. 15 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXIX, 6, 37. § 1); Paul. 17 ad Plaut. (D. XII, 6, 65. § 8. XXXIX, 6, 39). Indem hierüber der Kläger bereits in iure ſich zu erklären hat, ſo iſt je nachdem die Klage entweder cond. incerti, welchenfalls ſie ſpeciell cond. pretii heißt, oder triticaria: Voigt, a. O. 327. Vgl. auch A. 1750.

1675) Cels. 6 Dig. bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 6, 26. § 12); Pap. 32 Quaest. (D. XXIII, 2, 61). Eine ganz extreme Ausnahme — inſofern hier die auf Koſten des fur bewerkſtelligte Amelioration des Objectes ſogar das Maaß von deſſen Verhaftung ſteigert — ergiebt die cond. furt., gleich der a. rer. amot.: Fulcin. bei Paul. 39 ad Ed. (D. XIII, 1, 13), Tryph. 1 Disp. (D. XXV, 2, 29), Alles dies, wie bei der form. petit.: A. 961.

1676) Die a. fideicommissi iſt zweifellos strict. iur.: ſie folgt durchaus den Geſetzen der a. legati per damnat.: A. 1174, 1177. § 135, und bezüglich der mora § 137. Damit ſteht nicht in Widerſpruch A. 489: denn es iſt daſſelbe nach der voluntatis ratio aequi et boni, nach der damni ratio aber, stricti iur. oder, was daſſelbe beſagt, es unterfällt in Begründung und Aufhebung der aequitas, nach ſeinem pecuniären Gehalte dem rigor, Alles dies genau ſo, wie die mutui datio: S. 3. Daher iſt irrig die Anſicht von Madai. Mora 351 fg. Schilling, Inſt. § 238 o. Mommſen, Beitr. III. 228. und ö.

missa über das Maaß der tutela rei hinaus verwendeten impensae necessariae hat, welcher defensiv durch exc. doli, aggressiv aber in Ermangelung einer a. contraria durch cond. indeb. geltend gemacht wird.[1677])

Sodann darin, daß, wenigstens von den Proculianern,[1678]) die für die bon. fid. a. maaßgebende Theorie von der Verhaftung des Debitor bei Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem ökonomischen Gehalte auf das Fideicommiß übertragen wird, eine Lehrmeinung, die bezüglich des Singularfideicommisses am Bestimmtesten vorgetragen wird von

Afric. 5 Quaest. (D. XXX, 1, 108. § 12): quum quid tibi legatum fidei[q]ue (Hal.) tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit, sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur;

und zu Grunde liegt bei Scaev. 4 Resp. (D. XXXI, 1, 89. § 7);[1678a]) und welche endlich bezüglich des Universalfideicommisses von Nerat. 1 Resp. ausgesprochen und von Ulp. vertreten wird:

Ulp. 5 Disp. (D. XXXVI, 1, 22. § 3): si quis rogetur restituere et vel servi decesserint vel aliae res perierint, placet non cogi eum reddere, quod non habet; culpae plane reddere rationem, sed eius, quae dolo proxima est; et ita Nerat. libr. I Resp. scribit. Sed et si, quum distrahere deberet,

---

1677) Voigt, Cond. ob caus. 645, sowie Afric. 5 Quaest. (D. XXX, 1, 108. pr.), Pap. 9 Resp. (D. XXX, 1, 58), Ulp. 5 Disp. (D. XXXVI, 1, 22. § 3), Paul. 9 ad Plaut. (D. XXXI, 1, 8. pr.). Bei dem Universalfideicommiß griff jedoch das in N. 1177 erwähnte Rescript des Anton. Phil. modificirend ein: Pap. 19 Quaest. (D. XXXVI, 1, 54).

1678) Dies ergiebt sich daraus, daß dieselbe von Ner. 1 Resp. in Ulp. 5 Disp. cit. bei N. 1678b vertreten wird. Und danach gehört nun hierher Lab. bei Ulp. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. § 6): si fundus chasmate perierit, ubique aestimationem non deberi. Wegen der sabinianischen Lehrmeinung s. N. 1654. 1650.

1678a) Hier liberirt die iusta ignorantia, somit der Zufall von der Obligation, läßt jedoch die Haftung auf den bei Gelegenheit solcher zufälligen Vereitelung gemachten Gewinn bestehen; vgl. § 89.

non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia, huiusmodi rei rationem reddet; sed et si aedes ustae sunt culpa eius, reddet rationem; praeterea si qui partus extant et partuum partus, quia in fructibus hi non habentur. — — Quod si sine facto eius prolixitate temporis aedes usu acquisitae sint, aequissimum erit, nihil eum praestare, quum culpa careat.[1678b])

Drittens wird auf das legatum per damn. und ſo zweifelsohne auch sinendi modo, wie auf das Fideicommiß die Rechtsordnung der mora accipiendi bei bon. fid. negotia übertragen: der Uebergang des periculum rei debitae vom Schuldner auf den Gläubiger, die Verpflichtung deſſelben, dem Erſteren Erſatz des dadurch verurſachten Schadens zu leiſten, wie nicht minder der purgatio morae, wogegen wieder darin eine Verſchiedenheit verbleibt, daß die mora bei der Legatsklage nicht ipso iure, ſondern nur ope exc. doli mali proceſſualiſchen Effect erlangt.[1679])

Sodann wiederum greifen bei der fraglichen Legats- und der Fideicommiß-Klage im Falle der mora solvendi nicht allein die im Obigen aufgezählten, für die cond. tritic. im Allgemeinen

---

1678b) Die Erklärung der Ordnung, daß der Fiduciar nur für Dolus, nicht auch für Culpa haftet, giebt Mommſen, Beitr. III, 393. A. 5: zur Zeit des Nerva vor dem S. C. Pegasian. erfolgte die Reſtitution ohne Abzug der Quart: Gai. II, 253, ſo daß der Fiduciar kein commodum aus dem Fideicommiß hatte. Dagegen iſt es an und für ſich eine Inconſequenz, daß nach jenem S. C. die Rechtswiſſenſchaft jenen Satz beibehielt, obwohl deren Tendenz, den Fiduciar zu begünſtigen, jenes erklärt.

1679) Lab. bei Jav. 2 ex Post. Lab. (D. XXXIII, 2, 30. pr.); Jul. 33 Dig. (D. XXX, 1, 84. § 3); Marcell. 20 Dig. (D. XLVI, 3, 72. pr. ſ. A. 1172); Pomp. 6 Ep. (D. XXXIII, 6, 8). Für die Annahme, daß Pomp. hier dem Schuldner die Derelictio der res legata auch dann habe abſprechen wollen, wenn die bei Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 3) erforderte denuntiatio erfolgt war, erſehe ich keinen Grund; denn wenn Mommſen, Beitr. III, 311 findet, daß dann das Wort periculose dem Inhalte der Stelle nicht genügend entſpreche, ſo iſt dies mir völlig unverſtändlich. Wohl aber erklärt ſich die Uebergehung dieſer denuntiatio daraus, daß die Stelle, den epistolae des Pomp. entnommen, auf einen concreten Fall ſich bezog, wo jene denuntiatio entweder gar nicht in Frage kam, oder geſondert betrachtet wurde. — Wegen der exc. doli vgl. außer den Citirten noch Paul. 24 ad Ed. (D. XLV, 1, 73. § 2. ſ. A. 1217).

adoptirten Rechtssätze der bon. fid. a. Platz, sondern darüber hinaus auch noch die Verpflichtung des Schuldners zur Prästation von Verzugszinsen oder von omnis causa und etwaiger Schäden, eine Ordnung, die, wie Nerat. bei Paul. 14 Resp. (D. XXII, 1, 14. § 1) ergiebt, wiederum von den Proculianern ausgeht. Und zwar was zunächst die usurae und omnis causa betrifft, so nehmen diese Sätze ihren Ausgang vom Fideicommiße,[1679a]) werden sodann zuvörderst auf das legatum sinendi modo übergeleitet:

Gai. II, 280: legatorum — usurae (sc. si heres moram solutionis fecerit) non debentur idque rescripto divi Hadriani significatur. Scio tamen Juliano placuisse in eo legato, quod sinendi modo relinquitur idem iuris esse, quod in fideicommissis; quam sententiam et his temporibus magis obtinere video;

und endlich von hier aus auch auf das Damnationslegat erstreckt,[1680]) wo sie bekundet werden von Ulp. 15 ad Ed. (D. XXII, 1, 34) und Paul. sent. rec. III, 8, 4. wozu vgl. Diocl. im C. Just. II, 41, 3, sowie, was die omnis causa insbesondere betrifft, von Paul. 3 ad Sab. (D. XXX, 1, 23).

Und wiederum der Rechtssatz bezüglich sonstiger durch die mora solvendi verursachter Schäden wird bekundet für das Fideicommiß von Scaev. 17 Dig. (D. XXXII, 1, 35. pr.) und Pap. 9 Resp. (D. XXXI, 1, 78. § 2), sowie von

Paul. 2 ad Nerat. (D. XXXII, 1, 26): is, qui fideicommissum

1679a) Hier werden dieselben bekundet auch von Pap. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 3. pr. § 4); Ulp. 15 ad Ed. (D. cit. 34); Paul. 21 Quaest. (D. XXXI, 1, 84), sent. rec. III, 8, 4. wozu vgl. Diocl im C. Just. II, 41, 3; und bezüglich der usurae insbesondere von Pap. 9 Resp, (D. XXXI, 1, 78. § 2); Paul. 14 Resp. (D. cit. 87. § 1); endlich bezüglich der omnis causa insbesondere von Nerat. bei Paul. 14 Resp. (D. XXII, 1, 14. § 1); Marc. 15 Dig. (D. XXXVI, 1, 44. § 1); Pap. 17 Resp. (D. XXII, 1, 8); Ulp. 15 ad Sab. (XXXVI, 1, 18. pr.); Paul. 14 Resp. (D. XXII, 1, 14. pr.), 2 ad Ner. (D. XXXII, 1, 26); Modest. 9 Diff. (D. XXII, 1, 39).

1680) Vgl. Mabai, Mora 347 fg. Schilling, Inst. § 238 q. Göschen, Vorlesungen III, 635. Irrig ist Mommsen, Beitr. III, 123. A. 3; und dann auch Liebe, Stipulat. 63 fg., daß dafür eine eigene a. ex testamento neben die certi cond. getreten sei. Nicht bezieht sich auf das legatum per damnat., als vielmehr per vindicat. Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1): s. A. 1177.

debet, post moram non tantum fructus, sed etiam omne damnum, quo affectus est fideicommissarius, praestare cogitur;

und für das Damnationslegat von

Afr. 5 Quaest. (D. VII, 1, 36. § 2): ususfructus servi Titio legatus est; quum per heredem staret, quo minus praestaretur, servus mortuus est; aliud dici non posse —, quam in id obligatum esse heredem, quanti legatarii intersit moram factam non esse (vgl. A. 1439), ut scilicet ex eo tempore in diem, in quo servus sit mortuus, ususfructus aestimetur. Cui illud quoque consequens esse, ut, si ipse Titius moriatur, similiter ex eo tempore, quo mora sit facta, in diem mortis aestimatio ususfructus heredi eius praestaretur.

Endlich fünftens wird auf jene Klagen auch die Rechtsordnung der bon. fid. a. bezüglich der dolosen Vereitelung der Solution am legalen Leistungsorte übertragen:

Licin. Ruf. 4 Reg. (D. V, 1, 38): quod legatur, si quidem per personalem actionem exigetur, ibi dari debet, ubi est, nisi si dolo malo heredis subductum fuerit; tunc enim ibi dari debet, ubi petitur. Praeterea quod pondere aut numero aut mensura continetur, ibi dari debet, ubi petitur;

Ulp. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. pr.): si alibi relicta est (sc. res), alibi autem ab herede translata est dolo malo eius, nisi ibi praestetur, ubi petitur, heres condemnabitur doli sui nomine.

In diesen gesammten Neuordnungen aber prägt sich deutlichst erkennbar der Entwickelungsgang aus, daß die betreffenden Reformen zuerst bei dem Fideicommiß einsetzten, beeinflußt durch das Verhältniß, daß dieses bezüglich der voluntatis ratio der aequitas unterfiel (A. 1676); und daß sodann von hieraus dieselben auf das legat. sin. modo, eine ganz junge Schöpfung sich überleiteten, um endlich von da aus auch bei dem legat. per damn. Eingang zu gewinnen.

§ 137.

Fortsetzung.

Die Uebertragung der mora auf die stricti iuris actiones.

Die Rechtsordnung der bon. fid. a. bezüglich der mora solvendi erfuhr auch in der gegenwärtigen Periode keine Uebertragung auf die certi cond.: es wird hierbei die altüberlieferte Ordnung beibehalten, daß bei diesen Klagen jene mora völlig irrelevant ist und insbesondere nicht die Verbindlichkeit zur Erstattung eines quanti interest: weder von Verzugszinsen, noch von sonstigem Schadenersatze begründet (A. 1171. 1208), indem vielmehr die poena temeritatis von $33^1/_3$ % oder bei a. de constituta pecunia von 50 % statt Alles dessen eintritt.[1681]) Davon ergiebt nur relativ eine Ausnahme die a. fideicommissi, da solche zwar stricti iur. a., nicht aber certi cond. ist (A. 1647); wohl aber ergeben unbedingte Ausnahmen theils die a. legati per damnat. und sin. modo (§ 136), theils die cond. furtiva (§ 119) auf certa pecunia, wo beidemal die bis zur Lit. Cont. erwachsenen Verzugszinsen zu dem geforderten Capitale in iure hinzugeschlagen werden, theils endlich die certi condictio aus Stipulation mit vereinbartem Zahlungsorte, indem bei solcher der Kläger den seit Beginn der mora eingetretenen Coursverlust der pecunia promissa mit hinzurechnen und um deren Betrag das certum der Klage ebenfalls in iure erhöhen darf:

> Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 4. pr.): quodsi Ephesi petetur (sc. ex stipulatione Ephesi X dari), ipsa sola summa petetur nec amplius quid, nisi si quid esset stipulatus vel si temporis utilitas (A. 751) intervenit;

eine Singularität, die sich aus der Tendenz erklärt, solche Klage in ihrem öconomischen Gehalte mit der a. de eo quod certo loco möglichst auszugleichen (A. 1439).

Was dagegen die triticaria mit Einschluß der incerti cond.

1681) Dies bekunden ausdrücklich die bei A. 1208 fg. Citirten, sowie Diocl. im C. Just. II, 41, 3: in his —, quae moram desiderant id est in bonae fidei contractibus et fideicommissis et legatis. Unbegründeten Widerspruch erhebt Keller, Lit. Cont. 21. Andrerseits vgl. Madai, Mora 369 fg. Liebe, Stipul. 52. Glück, Pand. IV, 249. Göz, de condict. I, 39 fg.

betrifft, ſo ward die älteſte Rechtsordnung (A. 1171. § 98) bereits abgeändert durch die Conſtitution der Veteres bezüglich der cond. furtiva, welche hier an ſolchen delictiſchen Beſitz die Folgewirkungen der mora solvendi bei bon. fid. a. anknüpfte,[1682]) wie anderntheils durch das Edict De eo quod certo loco, welches auf den Thatbeſtand der mora solvendi, wie auch des Verzuges bei nicht vereinbartem Solutionstermine für Stipulation oder mutui datio mit beſtimmtem Solutionsorte noch weiter gehende analoge Wirkungen ſtützte (§ 119). Und die hierin angezeigte Richtung ward nun gegenwärtig weiter verfolgt, indem bereits zu Beginn der gegenwärtigen Periode von Seiten der Proculianer[1683]) wenn auch nicht die ſämmtlichen, ſo doch gewiſſe der bei bon. fid. a. an die mora solvendi angeknüpfte und zwar die bei der a. ex stipulatu bereits zur Geltung gelangenden Folgewirkungen (A. 1407) auf die cond. triticaria, wie auf die entſprechende a. fideicommissi übertragen und dieſe Rechtsordnung ſpäterhin allgemein adoptirt wurde, während wiederum die Sabinianer an die Lit. Cont. den Effect der mora solvendi in der bon. fid. a. anknüpften (§ 139).

Und zwar wird ſolcher mora zuvörderſt der Effect beigemeſſen, bei Debitum von res non fungibilis oder von facere die unbeſchränkte Haftung für Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte auf den Debitor zu übertragen, ſo daß inſoweit, als derſelbe bis dahin lediglich ſei es

---

1682) Vgl. A. 1671; dann auch Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 1, 8. § 1); Paul. 18 ad Sab. (D. XII, 2, 30. § 1). Dieſe Rechtsordnung ward außerdem auch in anderer Beziehung verallgemeinert, ſo bezüglich der a. rer. amot. (A. 1671), bezüglich des interd. unde vi: Tryph. 15 Disp. (D. XLIII, 16, 19); vgl. Ulp. 69 ad Ed. (D. cit. 1. § 40); Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 5. 11). — Dagegen die a. ex stip. folgt in der mora solvendi dem Geſetze der bon. fid a.: A. 1407.

1683) Die früheſten Juriſten, welche die Uebertragung obiger Rechtswirkungen auf die stricti iur. negotia bekunden, ſind Lab. bei Pomp. 3 ex Plaut. (D. XXII, 2, 2), Cels. d. J. bei Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 3) und Nerat. bei Pap. 37 Quaest. (D. IV, 3, 19), ſomit Proculianer. Dagegen die Sabinianer, von welchen wiederum die reformatoriſche Theorie bezüglich der Lit. Cont. ausgeht, meſſen der mora solvendi bei stricti iur. negotia lediglich inſoweit Relevanz bei, als darauf eine Lit. Cont. folgte und auch diesfalls nur inſoweit, daß dann der Aeſtimationstermin vom quanti res est zu Gunſten des Klägers verändert ward: § 129 unter C 2 a.

für culpa in faciendo, ſei es für facere im Allgemeinen, ſei es für culpa im Allgemeinen haftet (§ 135. 136), mit deſſen mora auf denſelben auch die Haftung reſp. für culpa in non faciendo und casus, oder für non facere, oder für casus übergeht: er wird durch die betreffenden Vorgänge nicht mehr von ſeiner Verbindlichkeit liberirt, vielmehr hat er ebenſo bei totaler Vereitelung des Debitum, wie bei Deterioration des Schuldobjectes deſſen Aeſtimation dem Gläubiger zu präſtiren, ſo daß insbeſondere letzteren Falles die Solution keinen liberatoriſchen Effect mehr hat:

Pomp. 22 ad Sab. (D. XII, 1, 5): quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat;

Marcell. 20 Dig. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3): si post moram deterior res facta sit, habendam aestimationem quanto deterior res facta sit, et ideo, si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum;

Paul. 18 ad Ed. (D. XII, 2, 30. § 1); vgl. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 7);

Sätze, die auch im Einzelnen bekundet werden für die Stipulation von

Jul. 52 Dig. (D. XLV, 1, 56. § 8) und bei Paul. 17 ad Plaut. (D. cit. 91. § 1); Pomp. 9 ad Sab. (D. cit. 23); Pap. 28 Quaest. (D. XLVI, 3, 95. pr.); Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1), 78 ad Ed. (D. XLV, 1, 82. § 1); Paul. 37. 72. ad Ed. (D. cit. 49. pr. 83. § 7); Marc. 4 Reg. (D. XII, 3, 5. § 4); vgl. Nerat. und Jul. bei Pap. 37 Quaest. (D. IV, 3, 19) und Jul. 11 Dig. (D. XIII, 5, 23); Marcell. bei Ulp. 46 ad Sab. (D. XLV, 1, 29. § 1); Pomp. 9 Ep. (D. XLVI, 3, 92. pr.); Paul. 5. 6. 17 ad Plaut. (D. XLIV, 7, 45. XLV, 1, 88. 91. pr.), 9 ad Sab. (D. cit. 24);

ſodann für das Damnationslegat von

Afric. 5 Quaest. (D. VII, 1, 36. § 2. XXX, 1, 108. § 1. 11); Pomp. 9. 15 ad Sab. (D. XLV, 1, 23. XXXIII, 2, 6); Ulp. 21. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1. fr. 47. § 6);

endlich für das Fideicommiß von

Alex. im C. Just. VI, 47, 3.

Und ſodann hat die mora solvendi den Effect, daß dann, wenn der Debitor die geſchuldete res debita oder das facere nicht leiſtet,

für deſſen Aeſtimation neben den Zeitpunkt und Ort der Lit. Cont. der Zeitpunkt des Eintrittes der Mora, wie der vereinbarte Solutionsort tritt (§ 72 unter B2 a. und 1c), wobei ſomit, abweichend von der bon. fid. a. die Lit. Cont. anſtatt des Judicates als maaßgebend für die Aeſtimation feſtgehalten wird:

Afric. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 37): in stipulatione — id tempus spectatur, quo agitur, nisi forte aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret aut per creditorem, quo minus acciperet; etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet;

Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3): ad tempus morae in his (sc. cond. tritic.) erit reducenda aestimatio;

vgl. Sab. bei Jul. 4 ex Min., Cass. bei Gai. 9 ad Ed. prov., Jul. 88 Dig., Ulp. 20 ad Ed. in A. 1714.

Und endlich ward auf die stricti iur. negotia auch die Theorie von der purgatio morae übertragen.[1684])

Dahingegen ward nicht auf die cond. tritic. übertragen, beziehentlich ſchon bedingt durch deren Richtung auf das quanti res est (A. 1474), die Rechtswirkung, daß die mora solvendi den Schuldner ebenſo zur Reſtitution des mittelſt der res debita gemachten Gewinnes und insbeſondere der omnis causa, als auch zum Erſatze des durch ſeine Mora dem Gläubiger verurſachten Schadens verpflichte,[1685]) indem es nur iſolirte Ausnahmen ſind, die in beiden Punkten bezüglich der a. fideicommissi und legati sinendi modo, wie per damnationem (§ 136), ingleichen bezüglich der cond. furtiva und a. rer. amot. (A. 1671) Platz greifen, wogegen nur ſcheinbare Ausnahmen ſich ergeben in der a. de eo quod

---

1684) Cels. bei Paul. 17 ad Plaut. in A. 1683. Paul. 24 ad Ed. in A. 1217. 27 ad Ed. (D. XIII, 1, 8. pr.); vgl. A. 1545.

1685) S. § 98. — Dahingegen wird allerdings auf die a. ex stipulatu, wo die mora solvendi der Verletzung der doli clausula unterfällt und ſomit die derſelben beim bon. fid. negotium zukommenden Wirkungen bereits früher inſoweit, als möglich Platz griffen (A. 1407), gegenwärtig, nachdem derſelben die Richtung auf das quanti interest zuerkannt worden (§ 142 unter III b), der Effect ſolcher mora übertragen, den Debitor zum Erſatze des dem Creditor verurſachten Schadens zu verpflichten: Proc. 2 Ep. (D. XLV, 1, 113. § 1); Gai. 29 ad Ed. prov. (D. II, 11, 8); Scaev. 5 Resp. (D. XLV, 1, 135. § 2); Paul. 11 ad Sab. (D. II, 11, 12. § 1).

certo loco, da ſolche nicht mehr ächte condictio iſt (A. 829. 1439), wie im erſteren Punkte insbeſondere in den übrigen cond. ob caus., da hier deren Natur als Bereicherungsklage ohne Weiteres Modificationen ergiebt (A. 1669).

Endlich als Thatbeſtände der mora solvendi werden anerkannt theils der furtive Beſitz (A. 1682), theils die bei den bon. fid. a. ſtatuirten: die Nichtleiſtung am vereinbarten Solutionstermine, die Interpellation Seitens des Gläubigers bei unbeſtimmtem Solutionstermine, wie das decretum ius dicentis bei hereditas vacans, wobei indeß dieſe letzteren beiden Thatbeſtände von den älteren Sabinianern nicht anerkannt werden.[1686])

Dahingegen bezüglich der mora accipiendi war es ein durchaus anderer Weg, den die Rechtsbildung gegenüber der alten Ordnung einſchlug, daß innerhalb der condictiones jene Mora den Schuldner ohne Weiteres und ipso iure liberirte (bei A. 1217), indem die Rechtsſätze der bon. fid. negotia in dieſem Punkte lediglich auf die a. legati per damn. und sinendi modo, wie fideicommissi (A. 1679), im Uebrigen dagegen weder auf die certi, noch auf die trit. cond. übertragen wurden. Vielmehr wurde auf die erſtere die Ordnung des XII Tafelrechtes übergeleitet: es wurde der Schuldner zur Depoſition der Schuldſumme verpflichtet, welchenfalls derſelbe lediglich zur Ausantwortung des Depoſitum verbunden, im Uebrigen dagegen von ſeinem Debitum ipso iure liberirt ward, während ohne ſolche Depoſition die mora accipiendi ohne juriſtiſchen Effect verblieb.[1687])

1586) Vgl. A. 1004 fg. Verzug bei vereinbartem Solutionstermine wird allgemein anerkannt: Sab. und Cass. in A. 1714; Afr. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 37); Paul. 3 Quaest. (D. XII, 1, 40), 6 Resp. (D. XIX, 1, 47); vgl. Pap. 11 Resp. (D. XXII, 1, 9. § 1). Dagegen die interpellatio wird zwar bereits von Lab. bei Pomp. 3 ex Plaut. (D. XXII, 2, 2) ſtatuirt, und dann von Marc. 20 Dig. (D. XLVI, 3, 72. pr. § 1), wozu vgl. A. 1172; Afric. 7 Quaest. (D. XLIV. 7, 23); Pomp. 6. 9 ad Sab. (D. XXX, 1, 36. § 3. XLV, 1, 23); Ulp. 79 ad Ed. (D. XXXVII, 6, 5. § 1); Paul. sent. rec. III, 8, 4. 37 ad Ed. (D. XXII, 1, 24. § 2. XLV, 1, 49. § 3), 9 ad Sab. (D. XLV, 1, 24); dagegen von den älteren Sabinianern negirt: A. 1714. Das Erforderniß der interpellatio greift übrigens weiter, als das Edict De eo quod certo loco: A. 1440.

1687) Pap. 2 Resp. (D. XXII, 1, 7): debitor usurarius creditori pecuniam obtulit et eam, quum accipere noluisset, obsignavit ac deposuit; ex

Dagegen für die cond. tritic., bei deren Objecte nur eine Dereliction, nicht eine Depoſition möglich war (A. 1013a), wurde die Verpflichtung zu der erſteren dem Schuldner nicht auferlegt, vielmehr ſchlechthin an der alten in § 98 dargelegten Ordnung feſtgehalten, daß der Schuldner durch die mora accipiendi ohne Weiteres und ipso iure von ſeiner Verbindlichkeit liberirt werde.[1688])

---

eo die ratio non habebitur usurarum. Quodsi postea conventus, ut solveret, moram fecerit, numi steriles ex eo tempore non erunt; wobei der Schluß der Stelle ſo ſich erklärt, daß anfänglich die Depoſition der pecunia clausa et obsignata, deren Alf. 5 Dig. a Paul. ep. (D. XIX, 2, 31) und Pap. 3 Resp. (D. XVI, 3, 25. § 1) gedenken, bei einem Privaten erfolgen konnte: Paul. sent. rec. II, 12, 1 (Collat X, 7, 1) und nun auf Erfordern des Gläubigers der frühere Schuldner und Deponent das Depoſitum zurückzuziehen und dem erſteren auszuantworten hatte, da eine a. depositi utilis zu Gunſten von jenem erſt zu Ende dieſer Periode geſchaffen wurde: Diocl. im C. Just IV, 32, 19. III, 42, 8. wozu vgl. Paul. 4 Resp. (D. XVI, 3, 26. pr.) Für den Fall nun, daß der Deponent ſolches verweigerte, griff jene Ordnung Platz, die Pap. bekundet. Dagegen die Depoſition im eigenen Gewahrſam, woran Mommſen, Beitr. III, 307 A. 3 denkt, iſt unmöglich: Ulp. 30 ad Ed. (D. L, 17, 45. pr.); Tryph. 9 Disp. (D. XVI, 3, 31. § 1); vgl. Jul. 15 Dig. (D. cit. 15). — Diocl. im C. Just, IV, 32, 19: acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem offer; at si non suscipiat, consignatam in publico depone, ut cursus legitimarum usurarum inhibeatur. — Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur et ius pignorum tollitur; vgl. Car. daſ. c. 6. Diocl. daſ. VIII, 43, 9.

1688) Ulp. 24 ad Sab. (D. XLVI, 3, 9. § 1), wozu vgl. A. 1217. Abgeſehen von den auf Damnationslegat und Fideicommiß bezüglichen Stellen in A. 1679, welche bei den durchgreifenden diesfallſigen Singularitäten für die cond. trit. im Uebrigen nicht maaßgebend ſind, bezieht ſich auf die mora solvendi bei der letzteren meines Wiſſens nur noch der obcitirte Afric. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 37). Dieſe Kargheit der Quellen vermag ich nur in der Weiſe zu erklären, daß Tribonian die trit. cond. im fraglichen Punkte der bon. fid. a. gleichſtellen wollte und ſo nun planmäßig alle von der mora accipiendi in jenen Verhältniſſen handelnden Stellen ausſchied. Dieſer Ausſchließung jedoch unterſtel nicht Afric. cit., da hier die Sentenz ganz allgemein gehalten iſt, während die Aufnahme von Ulp. cit. nur aus Verſehen erfolgte, da hier der Effect der mora nur kurz und nebenbei angegeben wird.

§ 138.

Die Umwandelung der Litiscontestation.

Während die in § 126 betrachteten Vorgänge das Bild eines Entwickelungsproceſſes darbieten, aus welchem bald völlig neue Geſtalten, bald wieder Umformungen überlieferter Figuren hervorgehen; während ſo daher die Rechtsbildung in der reichen Fülle ihrer Geſtaltungskraft bald vorhandene Lücken im Rechte ausfüllt, bald aber auch die überlieferten Ordnungen durch das Zeitgemäßere modificirt, erſetzt oder ergänzt; ſo tritt neben ſolchem Entwickelungsproceſſe auch noch eine Reform ganz anderen Characters zu Tage, welche in einer überwiegend negativen Richtung ihren Schwerpunkt findet und hier nun von der Tendenz beſtimmt wird, eine von Alters überlieferte Rechtsordnung des rigor abzuſtoßen und zu beſeitigen: in der Umwandelung, welche die Lit. Cont. in ihrer theoretiſchen Stellung und Wirkſamkeit erfährt. Während daher ſolche Reform weniger zur Aufſtellung neuer Sätze der aequitas, als vielmehr zur Zerſtörung gewiſſer der Letzteren widerſtreitender Ordnungen des rigor führt, ſo gewinnt doch dieſelbe auch in dieſer negativen Richtung nichtsdeſtoweniger eine hohe rechtshiſtoriſche Bedeutung dadurch, daß damit eine der wichtigſten Poſitionen, welche der rigor noch behauptete, zerſtört und damit in weitgreifender Beziehung der aequitas eine neue Geltungs-Sphäre eröffnet ward.

Die urſprüngliche Stellung aber der Lit. Cont. und deren ſo hervorragende Bedeutung beruhte darin, die geſammte ſolenne Action in iure zum Abſchluß zu bringen und zu perficiren, ſo daß von ihr nun die Folgewirkungen jener Action ſelbſt aufgenommen, zuſammengefaßt und fixirt werden. Dieſe Folgewirkungen ſelbſt aber beruhen wiederum auf einem in jener Action ſich vollziehenden Vorgange, deſſen theoretiſche Bedeutung aus der verbi ratio ſich ergiebt. Denn indem in der Legisaction ebenſo der von dem Kläger verfolgte concrete Klaganſpruch oder die actio im civilrechtlichen Sinne, wie andrerſeits die Defenſion des Beklagten in die ſolennen Worte der Klagformel, wie der Gegenrede der leg. a. eingekleidet werden (§ 2 unter d. e), ſo vollzieht ſich hiermit eine Umwandelung des Objectes ſelbſt der Rechtszuſtändigkeit des Klägers: der Klaganſpruch an ſich oder die actio geht unter,

indem er durch die Klagformel aufgezehrt: processualisch consumirt wird; allein andrerseits geht aus dem ersteren die concrete Klagformel oder leg. a. hervor und wird als neues Object der Rechtszuständigkeit: als ein Proceßanspruch dem Kläger erworben. So daher vollzieht sich hiermit ein Umsatz des Klaganspruches in die Klagformel: indem an die Stelle des civilrechtlichen Klag- und und Rechtsanspruches, wie solcher aus dem rechtsbegründenden Thatbestande in concreto sich ergiebt, der processualische Klaganspruch tritt, wie solcher in den Legisactionsworten in concreto concipirt ist, so substantiirt sich zugleich der concrete Gehalt des letzteren aus dem juristischen Stoffe des ersteren. Solche Metamorphose äußert aber in Besonderen ihre Wirkung in verschiedener Weise je bezüglich der drei Träger des Processes:

Zuerst für den Richter, indem er über jenen Proceßanspruch nach Maaßgabe seiner Wortconception zu entscheiden hat, ergiebt sich daraus die Aufgabe, über die ihm vorgelegte Frage auf Grund der den Rechtsstreit concipirenden concreten Klagformel zu erkennen, wie solche ihm durch die causae coniectio übermittelt ist (A. 1303): er hat den maaßgebenden Rechtssatz auf diejenigen thatbeständlichen Verhältnisse anzuwenden, wie solche durch den Wortlaut der Legisactionsformel ihm dargelegt sind. Oder, mit anderen Worten: derselbe ist nicht befugt, bei Betrachtnahme und Beurtheilung der thatbeständlichen Verhältnisse des Streitfalles zurückzugreifen über die Legisactionsformel und die Ausprägung jener Verhältnisse in dem Leben unmittelbar und abgesehen von deren Darstellung in solcher Formel in Betracht zu ziehen; vielmehr ist er darauf beschränkt, jenen Thatbestand nach Maaßgabe der in der leg. a. sacramento oder per iud. post. oder per condict. ihm gegebenen Wortdarstellung zu beurtheilen (§ 5. 32. 48. 95): es ist für den Richter maaßgebend das Rechtsverhältniß nicht wie es im Leben ausgeprägt, sondern wie es in der legis actio verlautbart ist.

Sodann dem Kläger, indem durch das Verfahren in iure und im Besonderen durch das Aussprechen der Legisactions-Worte sammt der Lit. Cont. der Klaganspruch untergangen und in der Klagformel ein neues Object der Rechtszuständigkeit: ein Proceßanspruch erworben ist, wird hiermit ipso iure die Möglichkeit abgeschnitten, ein zweites Mal die nämliche Klagformel aus dem

zerſtörten Klaganſpruche mit irgend welchem Erfolge und ſelbſt nicht gegen den correus debendi herzuleiten, da es für ſolche zweite Klagformel an jeglichem Stoffe fehlt,[1689]) während wiederum jener Proceßanſpruch unbedingt d. h. ſelbſt dann vererblich iſt, wenn ſolches der Klaganſpruch ſelbſt nicht war (A. 1691).

Endlich bezüglich des Beklagten hat der Untergang des Rechtsanſpruches und deſſen Umwandelung in einen Proceßanſpruch eine Mehrheit von Conſequenzen zur Folge: theils wird dadurch dem Beklagten die Möglichkeit entzogen, den Rechtsanſpruch ſei es in ſolenner, ſei es in unſolenner Weiſe zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil noch mit Rechtswirkſamkeit zu erfüllen, da vielmehr nur noch bezüglich des Proceßanſpruches eine Erfüllung juriſtiſch möglich iſt und dieſer wiederum erſt durch die richterliche Condemnation erfüllungsfähig und insbeſondere per aes et libram ſolvabel wird, ſomit aber die Solution zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil ipso iure unwirkſam iſt;[1690]) theils ſodann wird nach der Lit. Cont. der Beklagte durch den caſuellen Untergang des Schuldobjectes oder deſſen Deteriorirung ſelbſt dann nicht mehr liberirt, wenn bis dahin derſelbe nur für Verſchuldung zu haften hatte (§ 102 unter 1), dementſprechend denn auch der Grundſatz: noxa caput sequitur nur

---

1689) Dieſer Rechtsſatz ward gekleidet in das Verbot des actum agere: Cic. de Amic. 22, 85: acta agimus, quod vetamur vetere proverbio; und ſo nun Plaut. Cist. IV, 2, 36. Pseud. I, 3, 28. Ter. Phorm. II, 3, 72. Ad. II, 2, 24. Donat. in h. l. vgl. denſ. zu Andr. III, 1, 7. Cic. ad. Att. IX, 18, 3. Liv. XXVIII, 40, 3. wie endlich Gai. IV, 108: alia causa fuit olim legis actionum; nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat: vgl. Keller, Civ. Pr. A. 464. 712.

1690) So in Bezug auf die Obligation die Parömie der Veteres bei Gai. III, 180: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. Das iudicatum facere erfolgte bei Obligationen per aes et libram: Gai III, 173, ſomit je nachdem auch als mancipatio, ſo z. B. Gai. I, 140. IV, 79., wogegen ſolches per aes et libram solvere des ex litis contestatae causa debitum nicht möglich iſt. Im Uebrigen vgl. A. 1218. Keller, a. O. bei A. 790. Allein ausgeſchloſſen iſt zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil nur die Solution ſchlechthin d. h. als einſeitige Erfüllung Seitens des Beklagten, nicht aber als proceſſualiſches pactum, als welches dieſelbe wiederum ipso iure wirkſam wird, aber an die zwiefache Beſchränkung gebunden iſt, daß theils der Kläger in die Entgegennahme der Solution ſeiner Seits conſentirt, theils aber auch das pactum in iudicio beſonders verlautbart werde: A. 230.

bis zur Lit. Cont. ſeine Wirkſamkeit behauptet; nicht minder verliert der Beklagte durch die Lit. Cont. das vertragsmäßige Wahlrecht bei alternativer Obligation, wogegen derſelbe dadurch von der Klage der übrigen correi credendi liberirt wird; und endlich wird dadurch auch auf Seiten des Beklagten der wider denſelben geltend gemachte Anſpruch unbedingt vererblich.[1691])

Im Uebrigen iſt hinſichtlich jenes Umwandelungsproceſſes dem älteſten römiſchen Rechte der Gedanke und die Auffaſſung einer Novation noch völlig fremd: es vollzieht ſich lediglich ein Umſatz der actio in eine legis actio: des Klagrechtes in einen Proceßanſpruch, nicht aber ein Umſatz des Klagrechtes in ein neues Forderungsrecht.[1692]) Denn weder iſt das dingliche Recht der leg. a. sacr. in rem überhaupt empfänglich, durch Novation einen Umſatz in eine Obligation zu erfahren, noch wird bei den lites der leg. a. sacr. in personam oder bei den iudicia oder arbitria der leg. a. per ind. post. durch die Lit. Cont. eine von dem bisherigen Rechtsanſpruche materiell verſchiedene Obligation geſetzt: denn es wird das klagbar gemachte Recht in ſeinem juriſtiſch ſubſtantiellen Gehalte auf das Genaueſte in die Legisactions-Formel concipirt (A. 20), ohne irgend welche Stoffwandelung oder einen Zuſatz oder Abzug zu

---

1691) Wegen des periculum im Allgemeinen der res debita ſ. § 98; im Beſonderen wegen des noxalen Beſitzes ſ. Ulp. 18. 37 ad Ed. (D. IX, 1, 1. § 13. 16. IX, 4, 38. pr.); Tryph. 15 Disp. (D. IX, 4, 37). — Wegen Verluſt des Wahlrechtes ſ. Jul. 53 Dig. (D. XLVI, 1, 16. pr.), Ulp. 77 ad Ed. (D. XLVI, 3, 57); vgl. Mommſen, Beitr. III, 262 fg. — Wegen Liberirung von der Klage der übrigen correi ſ. Jav. 3 ex Plaut. (D. XLV, 2, 2), Gai. 3 de V. O. (D. cit. 16); vgl. Arndts, Pand. § 271, 4. — Wegen Ueberganges der Klage auf die Erben ſ. Keller, Lit. Cont. 76 fg. 166 fg. — Dagegen iſt der Lit. Cont. nicht der Effect beizumeſſen, die bezüglich der omnis causa oder ſonſtigen Gewinnes von der res debita, wie bezüglich der Impenſen bis dahin beſtandene Rechtsordnung zu alteriren, ein Satz, der nicht dem geringſten Zweifel unterliegt bezüglich der leg. a. sacr. in rem, der arbitria, wie der leg. a. per cond.

1692) Anders Keller, der die Novation als weſentliches und allgemeines Correſpondenzverhältniß der Conſumtion ſetzt und damit nun in einen Widerſpruch geräth: denn beim dinglichen Rechte verſagt zweifellos die Novation: Civ. Pr. bei A. 711, gleichwohl aber tritt in der leg. a. ipso iure Conſumtion ein, wie Gai. (A. 1689) bezeugt, und auch aus ſachlichen Gründen zu folgern iſt: Civ. Pr. bei A. 790. Vgl. auch oben A. 941, ſowie im Allgemeinen Kuntze, Inſt. II, 320 fg.

erfahren, da ja auch der etwa hinzutretende Anſpruch auf poena temeritatis bereits vor der Lit. Cont. durch die actio an ſich oder durch die infitiatio oder vindiciae latio des Beklagten dem Kläger erworben iſt (§ 78). Daher iſt es in Wahrheit, wie bemerkt, nicht Stoffwechſel, als vielmehr lediglich juriſtiſche Formwandelung, welche im älteſten römiſchen Rechte der Klaganſpruch in ſeinem juriſtiſchen Gehalte erleidet. Wohl aber werden Gedanke, wie Elemente der Novation durch die leg. a. per cond. dem römiſchen Rechte zugebracht, durch jene Rechtsgruppe ſomit, welche bereits innerhalb des Civilrechtes die Figur der Novation kennt und als etwas Fertiges entgegenbringt (§ 99 unter B 6): denn bei der leg. a. legis Siliae wird durch die Lit. Cont. ebenſo dem Anſpruche des Klägers ein Zuwachs von $33^1/_3$ % zu Theil, wie für den Beklagten ein Anſpruch auf ſolchen Procentſatz neu begründet, während bei der leg. a. legis Calpurniae das Forderungsrecht des Klägers durch die Lit. Cont. vollſtändig zerſtört und an deſſen Stelle ein neues und ächtes Forderungsrecht auf das quanti ea res erit jener bisherigen Forderung geſetzt wird.[1693])

Jene dreifältigen Conſequenzen der obigen Rechtsordnung mitſammt der Nebenfigur der Novation wurden nun in dem zweiten Abſchnitte der vorigen Periode ebenſowohl auf den Sponſionsproceß der lex Aebutia, wie auf die unmittelbare formula des ius gentium: auf die a. ex empto vend. und weiterhin auf die bon. fid. a. im Allgemeinen übertragen,[1694]) obwohl einestheils mit der Modification, daß an Stelle der Legisactionsworte die Worte der formula als Stützpunkt für jene drei Sätze eintreten, ſowie anderntheils mit der dreifältigen Einſchränkung, daß die proceſſualiſche Conſumtion zunächſt, wie von Alters her bei dem Recuperations-

---

1693) § 98. Bezüglich der Zerſtörung der alten Obligation vgl. insbeſondere noch Gai. III, 180. Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 27. § 6): si stipulatus decem aut Stichum — sim, — petitione — unius rei tota obligatio solveretur; vgl. Pap. 2 Def. (D. XLVI, 2, 28), 9 Quaest. (D. XV, 1, 50. § 2); Paul. 6 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXIV, 3, 29). Bezüglich des Eintretens einer neuen Obligation: Gai. l. c., ſowie A. 1219. Und auf beiden Momenten ruht nun endlich der Begriff der Novation: A. 1710.

1694) § 106. Dieſe letztere Thatſache, wegen deren vgl. § 114 a. E., beſeitigt jeden Zweifel, daß alle die obigen drei Conſequenzen auch bei den arbitria legitima Geltung hatten.

und dem römiſch-italiſchen Municipal-Proceſſe (Thl. II A. 186), ſo auch bei der Klage mit iudicium imperio continens verſagte; daß ſodann dieſelbe auch nicht übertragen wurde auf das in rem agere per sponsionem und dadurch beeinflußt auch ſpäter nicht auf die formula petitoria, da die erſtere Proceßart durch Gehalt, wie Form: durch die Einkleidung des Anſpruches auf rem ex iure Quir. meum esse in einen Anſpruch auf Numerium Neg. Aulo Ag. sh. XXV nummos (nummum unum) dare oportere der Annahme einer Novation als völlig unvereinbar widerſtrebte; und daß endlich derſelben die Geltung ſpäter auch bei den actiones in factum conceptae abgeſprochen wurde, vielmehr in allen dieſen drei Beziehungen zwar die Ausſchließung der eadem actio gleichfalls feſtgehalten, aber nicht auf die Figur der proceſſualiſchen Conſumtion, als vielmehr auf den ſelbſtſtändigen Rechtsſatz der Unſtatthaftigkeit einer Wiederholung der res in iudicium deducta, wie iudicata geſtützt wurde. Endlich wieder die Unwirkſamkeit der Solution zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil verlor im Formularproceſſe durch die Reſtitutionsclauſel ohne Weiteres ihre Geltung bei den actiones arbitrariae.[1695])

In der gegenwärtigen Periode nun, indem dem ſolennen Worte eine völlig veränderte Stellung im Rechte angewieſen wird: indem daſſelbe aufhört, juriſtiſcher Repräſentant der Willensbeſtimmung zu ſein, vielmehr zu deren einfachem Offenbarungs- und Erkenntnißmittel herabſinkt (§ 17. 57), gewinnt die Einkleidung des Klaganſpruches in die formula oder reſp. in die leg. a. dem entſprechend eine völlig veränderte theoretiſche Bedeutung: die Klagformel iſt nicht mehr Nachfolger und Erſatz oder Aequivalent des Klagerechtes, als vielmehr nur noch einfache Ausdrucksform des bezüglichen Anſpruches; und wiederum der Rechts- oder Klageanſpruch ſelbſt wird nicht mehr aufgezehrt oder conſumirt durch die Klagformel und erleidet daher nicht mehr einen Umſatz in einen Proceßanſpruch und damit eine Umwandelung ſeiner juriſtiſchen Weſenheit, ſondern verbleibt auch nach der Lit. Cont. noch in Beſtand und Wirkſamkeit, obwohl nunmehr durch und mit dieſer letzteren gewiſſe Beſchränkungen

1695) Gai. III, 180. 181. IV, 106. 107. 114. Paul. 74 ad Ed. (D. XLV. 1, 84).

bezüglich ſeiner ferneren proceſſualiſchen Geltendmachung mit ihm ſich verbinden und inſoweit modificirend auf ihn einwirken. Im Beſonderen aber modificiren ſich die obigen drei Folgeſätze auf Grund dieſer neuen reflexiven Ordnung wiederum in verſchiedener Weiſe.

Und zwar zunächſt der Richter hat über die actio oder legis actio nicht mehr nach deren Wortſinne an und für ſich, ſondern nach Maaßgabe der Willensbeſtimmung zu urtheilen, welche der Prätor mit der formula oder die Parteien mit der leg. a. verbanden, und demgemäß hat derſelbe über den klagbegründenden Thatbeſtand nicht mehr nach Maaßgabe ſeiner Wortconception allein, ſondern auch nach Maaßgabe ſeiner empiriſchen Geſtaltung: ſo wie ſolcher im Leben ſich ausprägt und geſtaltet hat, zu erkennen.[1696])

Sodann in Bezug auf den Kläger tritt nunmehr an Stelle des Verbotes vom actum agere der ſelbſtſtändige Grundſatz, daß das zuſtändige Recht in Folge je einer beſchehenen Rechtsverletzung nur Ein Mal einen Klaganſpruch erzeuge: der Rechts- oder Klaganſpruch, an und für ſich durch die erhobene Klage nicht conſumirt und ſomit wohl fähig, eine zweite anderweite Klage zu begründen, wird dem Verbote des ne bis idem exigatur unterſtellt, welches, auf dem Gebiete des Civilrechtes zu mannichfacher Anwendung gelangend (A. 1101. 1614a. 1662 fg.), auf dem Gebiete des Proceßrechtes den parömiſchen Ausdruck gewinnt: ne bis de eadem re agere liceat[1697]) und ſo nun in einer zwiefachen Rechtsordnung zur Geltung gelangt: theils in der

---

1696) A. 646. § 28 unter a. Und ſo nun z. B. Pomp. 16 ad Sab. (D. XLIV, 2, 20): si ex testamento actum sit cum herede ab eo, qui, quum totum argentum ei legatum erat, mensas duntaxat sibi legatas putaret earumque duntaxat aestimationem in iudicio fecisset, postea eundum petiturum de argento quoque legato Trebatius ait nec obstituram ei exceptionem, quod non sit petitum quod nec actor petere putasset nec iudex in iudicio sensisset, wozu vgl. Keller, a. O. A. 511.

1697) Jul. Vict. ars. rhet. III, 10. p. 382 H.: bis de eadem re agere non licere — — illi ex lege praescribunt; IV, 8. p. 392: cum lege cautum sit, ne bis de eadem re agere liceat; dann auch Ter. Phorm. II, 3, 59. Quint. J. O. VII, 6, 4. Pseudo-Quint. Decl. 266. Vgl. Keller, in A. 1689 cit., Krüger, proc. Conſ. 4 fg. Birkmeyer, Exceptionen 241 fg.

Theorie von der Rechtskraft und von der ausſchließenden Wirkung der Lit. Cont.: durch exc. rei iudicatae und in iudicium deductae oder durch deren Geltendmachung mittelſt defensio ipso iure die eadem actio aus der eadem quaestio ausſchließend,[1698]) theils in der Theorie von der Klagenconcurrenz: durch bezügliche exc. doli (A. 1668) oder deren Geltendmachung mittelſt defensio ipso iure (A. 1101) die zweite, juriſtiſch verſchiedene Klage auf eadem res (Vermögensſubſtanz) und ex eodem facto (Rechtsverletzung) reprobirend.[1699]) Indem ſo daher an Stelle des ne actum agere das ne bis de eadem re agere liceat oder an Stelle der eadem actio die eadem quaestio, wie res eintritt, ſo gelangt damit an Stelle jenes älteren allerdings ein ganz neuer dogmatiſcher Geſichtspunkt zur Geltung; allein immerhin iſt, was die proceſſualiſche Conſumtion einerſeits und die Rechtskraft, wie ausſchließende Wirkung der Lit. Cont. andrerſeits anbetrifft, der juriſtiſche und practiſche Effect von beiden Rechtsordnungen der gleiche: Ausſchließung des bereits in ius deducirten Rechtsanſpruches von einer wiederholten klagweiſen Geltendmachung.

1698) Vgl. Keller, a. O. A. 850. 859. Für die Einrede der res iudicata iſt von Alters her durchaus maaßgebend die Identität der res d. i. der quaestio, und ſo zwar in der Parömie in A. 1697, dann in der techniſchen Bezeichnung res iudicata und in iudicium deducta, ingleichen in der Conception der exc. rei iudicata: quod ea res [q. d. a.] in iudicium ante [non] venisset [inter Aul. Ag. et Num. Neg.]: Cic. de Orat. I, 37, 168 oder ſpäter: Ac si ea res [q. d. a.] iudicata non sit inter [Aul. Ag. et Num. Neg.]: Jul. bei Ulp. 75 ad Ed. (D. XLIV, 2, 9. § 1), vgl. Ulp. cit. (D. cit. 11. § 3); endlich bei Quint. J. O. VII, 6, 4. Jul. Vict. III, 10. Nerat. 7 Membr. (D. XLIV, 2, 27), Alf. 6 Dig. (D. V, 1, 76).

1699) Ulp. 28 ad Ed. (D. L, 17, 43. § 1): quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet; Paul. 22 ad Ed. (D. XLIV, 7, 41. § 1): si ex eodem facto duae competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut, quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, nihil (ſo ſt. id: Huſchke in Ztſchr. f. Civilr. und Proc. N. F. II, 180) consequatur. Hierher gehören auch Proc. bei Ulp. 18 ad Ed. (Coll. XII, 7, 9), Pomp. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 13) und Paul. 18 ad Ed. (D. XII, 1, 28. § 4), welche in Voigt, Cond. ob. caus. 153 fg. auf die Rechtskraft bezogen ſind. Im Uebrigen vgl. A. 1101. 1668. Das älteſte Zeugniß für dieſe Doctrin bietet Lab. in A. 1668. Vgl. Savigny, Syſt. § 232. 235. Hinweis auf Controverſen hierüber ſ. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 18. § 3). Die nöthige Klarheit fehlt bei Wieding, juſtin. Libellpr. 402 fg.

Dieſem letzteren Verbote nun ward in der gegenwärtigen Periode von Seiten der aequitas eine Einſchränkung entgegengeſtellt, die ſonach nicht mehr der Rechtsordnung von der proceſſualiſchen Conſumtion, als vielmehr den Rechtsſätzen von der Rechtskraft und ausſchließenden Wirkung der Lit. Cont. gegenübertritt, und welche auf den für die Solidarobligation maaßgebenden Grundſatz[1700]) ſich ſtützt: magis perceptio, quam intentio (i. e. actionis) liberat:

Ulp. 2 Disp. (D. XV, 1, 32. pr.): sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur, ut magis eos perceptio, quam intentio liberet,

ein Rechtsſatz, der ſomit unter gewiſſen thatbeſtändlichen Vorausſetzungen eine aus der Rechtskraft oder ausſchließenden Wirkung der Lit. Cont. reſultirende Befreiung des Schuldners von der materiellen Befriedigung des Gläubigers abhängig macht. Jener beſonderen thatbeſtändlichen Vorausſetzungen aber, unter denen wegen mangelnder materieller Befriedigung des Gläubigers die Anwendung der Rechtsſätze von der Rechtskraft oder von der ausſchließenden Wirkung der Lit. Cont. verſagt bleibt, ſind drei:

a. dafern der Thatbeſtand der honorariſchen rest. in int. wegen error, dolus malus oder vis vorliegt, indem in ſolchem Falle die ausgeſchloſſene zweite Klage dem Gläubiger reſtituirt wird,[1701]) und zwar durch Ertheilung ſolcher Klage als hono-

---

1700) Bezüglich der Solidar- im Gegenſatze zur Correalobligation wird jenes Axiom ausgeſprochen von Ulp. 12 ad Ed. (D. XXVII, 6, 7. § 4): perceptione liberantur, non electione (sc. quae actione fit); Paul. 19 ad Ed. (D. IX, 3, 4): liberatur perceptione, non litiscontestatione; und ſo auch bezüglich der Concurrenz zwiſchen a. directa und de pecunia constituta von Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 18. § 3): solutione potius liberationem contingere, non litis contestatione.

1701) Die Quellen gedenken in obiger Beziehung des error vielfach; dolus malus kommt nur bei Proc. in Jul. 4 ad Urs. Fer. (D. XI, 1, 18) in Frage ſ. A. 1636; vis dagegen wird gar nicht erwähnt. — Im Uebrigen ſind dem Obigen fern zu halten alle Stellen, wo der Kläger durch praescriptio eine divisio litis in perſonaler Beziehung vorgenommen hatte, ſo bei Pomp. in Ulp. 22 ad Ed. (D. XLVI, 1 27. pr.); vgl. Keller, a. O. § 41. Voigt, Cond. ob caus. A. 61. — Ebenſowenig gehört hierher der Fall bei Jul. 4 Dig. (D.

rarischer a. restitutoria in den Fällen in A. 1636. 1638, ausgehend von dem Edicte in Dig. XXVII, 6, 1. § 6;

b. dafern Jemand seine Klage wider den correus durch Lit. Cont. mit dem anderen correus verloren und der Letzte rest. in int. erlangt hat, so wird dem Ersten jene Klage wider den Zweiten als civile restitutoria restituirt;[1702])

c. insoweit die a. de peculio oder de in rem verso durch Lit. Cont. oder Urtheil, aber ohne materielle Befriedigung des Gläubigers ausgeschlossen ist, wird dieselbe so oft wegen des ungedeckten Restes als civile restitutoria ertheilt, bis der Gläubiger volle Befriedigung erlangt hat:

Proc. bei Paul. 4 ad Plaut. (D. XV, 1, 47. § 8);[1703]) Jul. 12 Dig. (D. cit. 37. § 3); Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 30. § 4), 2 Disp. (D. XV, 1, 32. pr.); Marc. 4 Reg. (D. XXII, 1, 32. § 3).

Und neben Alle dem steht dann endlich noch die Theorie, daß die ohne materielle Befriedigung des Gläubigers durch Lit. Cont. oder Urtheil vermittelte Ausschließung weiterer Klage eine obligatio naturalis des Ersteren in Bestand lasse.[1704])

Und nicht minder ward auch die andere Consequenz der processualischen Consumtion: die unbedingte Vererblichkeit der Klage in activer Beziehung beibehalten.[1705])

XLIV, 7, 15) und bei Ulp. 13 ad Ed (D. XLIV, 2, 2), wo eine exc. den Verlust der Klage herbeiführte: A. 1640. Solches und die Stellen unter c werden von Keller, a. O. A. 934 sehr mit Unrecht gleich gestellt.

1702) Vgl. Pap. 2 Resp. (D. XXVII, 3, 20. pr.), wo Solidarobligation in Frage steht; im Allgemeinen vgl Keller, a. O. A. 933. Voigt, a. O. § 84. 87.

1703) In Voigt, a. O. § 83 ist diese Stelle auf die honorarische restitutoria wegen error bezogen worden; allein dies liegt denn doch nicht in der Stelle, und dann ist auch damit wenig gewonnen gegenüber den anderen obcitirten Stellen. — Eine noch weit auffälligere Abnormität enthält der Rechtssatz, daß die obigen Klagen, dafern wider mehrere Schuldner de eadem re zuständig, in Bezug auf Lit. Cont. und Urtheil dem Gesetze der Correalobligationen folgen; vgl. Savigny, Syst. § 235. Keller, Civ. Pr. A. 859.

1704) Vgl. Keller, a. O. A. 710.

1705) Dagegen der Verlust des Wahlrechtes für den Kläger bei alternativem Rechtsanspruche ist nicht Wirkung der Lit. Cont., sondern der ge-

§ 139.

Fortsetzung.

Die Umwandelung der Litiscontestation bezüglich der Stellung des Beklagten.

Was die in § 138 dargelegten Consequenzen betrifft, welche für den Beklagten aus der processualischen Consumtion und resp. Novation des Klaganspruches bei a. in personam in ius concepta mit legitimum iudicium sich ergeben, so behält von denselben die gegenwärtige Periode zwar unverändert bei die Rechtsordnungen bezüglich des Wegfalles des Wahlrechtes des Beklagten bei alternativer Obligation, bezüglich der Liberirung desselben von der Klage anderer correi credendi, wie bezüglich des passiven Ueberganges der Klage auf die Erben, und nicht minder die von der cond. triticaria ausgehende Rechtsordnung (§ 98) bezüglich des Ueberganges derjenigen Haftung für culpa auf den Beklagten, welche bis dahin dem Letzteren noch nicht oblag. Dagegen aber werden die anderen beiden Rechtsordnungen: der Unstatthaftigkeit der Erfüllung des Klaganspruches zwischen Lit. Cont. und Urtheil, wie des Ueberganges des periculum rei debitae vom Kläger auf den Beklagten in der gegenwärtigen Periode ganz wesentlichen Modificationen unterworfen, welche selbst wiederum im Besonderen verschieden sich gestalten je bei a. arbitraria, bei bon. fid. a. und bei stricti iur. a. Und zwar zunächst

A. bei den actiones arbitrariae wird

1. vor Allem die Unstatthaftigkeit der Erfüllung des Klaganspruches zwischen Lit. Cont. und Urtheil durch den Prätor selbst beseitigt: durch die Restitutionsclausel und die darauf sich stützende richterliche pronuntiatio de restituendo. Und zwar tritt diese neue Rechtsordnung in der vorigen Periode mit der a. redhibitoria in das Dasein (§ 110) und wird beibehalten für alle späteren arbitriae actiones,[1706]) seien diese in factum conceptae,

---

troffenen Wahl überhaupt: Pomp. 15 ad Qu. Muc. (D. XLV, 1, 112. pr.); vgl. Cels. 18 Dig. (D. XXXI, 1, 19),

1706 Vgl. Gai. IV, 114. Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 4); J. Just. IV, 6, 31. Keller, Civ. Pr. A. 792. Auf die arbitr. a. bei den interdicta restit.

wie die a. de dolo oder quod met. c., seien sie in ius conceptae und diesfalls in rem, wie die formula petit., oder in personam, wie die a. de eo quod certo loco (A. 1434). Und von hier aus ging sodann diese Rechtsordnung auch über auf die drei unächten arbitrariae: die a. vi bonorum ademtorum adversus publicanos, die a. damni iniuria furtive facti adversus publicanos und die a. recepti adversus nautas etc. (A. 876).

Von dieser neuen Ordnung aus entwickelte nun die Rechtswissenschaft der gegenwärtigen Periode eine Reihe von weiteren Sätzen und zwar

2. daß die zwischen Lit. Cont. und Urtheil eingetretene casuelle Vereitelung oder Beeinträchtigung der Restitution den Beklagten resp. ganz oder partiell von seiner Verbindlichkeit liberire. Und zwar ist dieser Satz dem Zeitalter des ädilicischen Edictes noch fremd, indem dasselbe bezüglich der dem Kläger bei der a. redhibitoria obliegenden Restitution des Kaufobjectes die Bestimmung enthielt, daß die ohne Verschuldung des Klägers eintretende Vereitelung derselben dann, wenn solche vor der Lit. Cont. eintrat, den Kläger von seiner Restitutionspflicht liberire (A. 1354 fg.), nicht aber dann, wenn dieselbe erst nach der Lit. Cont. eintrat.[1707]) Wohl aber ward jener Satz von den Sabinianern, in Harmonie mit dem Axiom iudicia esse absolutoria (A. 1709), für die formula pet. aufgestellt (A. 975), obwohl unter Widerspruch der Proculianer (A. 1579), dann wieder bezüglich der her. pet. gewissen Beschränkungen unterworfen (§ 84 unter D I 2), dagegen andrerseits auch auf die arbitrariae in personam übertragen (A. 1585); dahinwieder ward

3. der Rechtssatz, daß der Besitzerwerb des Beklagten zwischen Lit. Cont. und pronuntiatio de restituendo den bezüglichen Mangel des klagbegründenden Thatbestandes vollwirksam ergänze und die Verurtheilung des Ersteren ermögliche, von den Proculianern und zwar ebenso bezüglich der form. pet. (§ 83 unter

---

und exhibit. und zwar auf diese allein beziehe ich die Aussprüche von Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 26, 8. § 6), 29 ad Sab. (D. XLVII, 2, 14. § 11), wonach nun die editio interdicti diesfalls die Stelle der Lit. Cont. vertritt.

1707) Ulp. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 25. § 8. fr. 31 § 13).

A 2), wie bezüglich der a. in personam (A. 1585) vertreten.[1707a]) Nicht minder ſchließt ſich an den Satz unter 2 an, daß

4. dann, wenn der Debitor bei verſchuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte bloß wegen Dolus haftet, von der Lit. Cont. ab bis zum Judicate denſelben auch die Haftung wegen Culpa trifft, was durch Ulp. 71 ad Ed. und 29 ad Sab. (A. 1706) bekundet wird. Und dazu treten endlich noch die beiden Sätze,

5. daß der Beklagte den nach der Lit. Cont. aus der res debita gemachten Gewinn und insbeſondere die omnis causa dem Kläger zu reſtituiren habe: A. 959. 976. 1586. Ulp. 71 ad Ed. in A. 1706; dagegen

6. der Beklagte die auf die zu reſtituirende res principalis, wie omnis causa ſeit der Lit. Cont. aufgewendeten impensae necessariae zu deduciren befugt ſei: A. 959 fg. 1587.

Alle jene Sätze aber werden ſodann auch

B. auf die bon. fid. actiones übertragen. Und zwar

1. die Zulaſſung der Solution des alten Debitum zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil mit liberatoriſchem Effecte:[1708])

Gai. IV, 114 vgl. Paul. 2 de Off. Ass. (D. III, 3, 73);

2. der Rechtsſatz, daß die zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil eingetretene caſuelle Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution, inſoweit als bis zur Lit. Cont. der Debitor dafür nicht zu haften hatte, denſelben reſp. ganz oder partiell von ſeiner Verbindlichkeit liberire, auch hier vertreten von den Sabinianern:

Sab. und Cass. bei Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XVI, 3, 14. § 1);

Ulp. 33 ad Ed. (D. XXIV, 3, 24. § 7);

wogegen die widerſtreitende Lehre der Proculianer noch vertreten wird von Pomp. 22 ad Sab. (D. XVI, 3, 12. § 3);

3. der proculianiſche Satz, daß andrerſeits die zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil eintretende Verwirklichung der klagbegründenden thatbeſtändlichen Momente den bezüglichen Mangel der

---

1707a) Bezüglich der form. petit. bietet eine Parallele, jedoch dem Geſichtspunkte von A. 1698 unterfallend, die causa superveniens: Ulp. 75 ad Ed. (D. XLIV, 2, 11. § 4); ſ. Voigt, Cond. ob caus. 149 fg.

1708) Selbſt in der Executionsinſtanz ließ man bei bon. fid. a. noch die Solution des urſprünglichen Debitum zu und gab wider die a. iudicati des dieſelbe ablehnenden Klägers exc. doli: Scaev. 5 Resp. (D. XLIV, 4, 15).

Klage vollwirkſam ergänze und die Verurtheilung des Beklagten ermögliche:

Nerat. bei Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 21); Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 7, 9. § 5); Paul. 7 ad Sab. (D. XVII, 1, 17);

4. die Steigerung der Haftung desjenigen Debitor, der bei verſchuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte bloß wegen Dolus haftet, auf Culpa:

Paul. 23 ad Ed. (D. X, 1, 4. § 2): post litem — contestatam (sc. fin. reg.) — et culpa et dolus exinde praestatur, wozu vgl. A. 1273;

5. die Verbindlichkeit des Beklagten zur Reſtitution des mittelſt der res debita ſeit der Lit. Cont. gemachten Gewinnes, entſprechend dem Grundſatze in § 89: commodum eius esse debet, cuius periculum est:

Jul. 8 Dig. (D. X, 2, 51. pr.); Paul. 23 ad Ed. (D. X, 1, 4. § 2); vgl. Pap. 6. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 2. 3. § 1); Paul. 6 ad Plaut. (D. cit. 38. § 15);

6. die Berechtigung des Beklagten zur Gegenforderung der auf die zu präſtirende res principalis, wie omnis causa ſeit der Lit. Cont. aufgewendeten impensae necessariae, entſprechend den bis zur Lit. Cont. maaßgebenden Ordnungen in § 88 unter II und bei A. 1095, ſo nach Jul. 8 Dig. (D. X, 2, 51. pr.).

Ueberdem tritt hierzu noch der Satz, daß

7. dafern das Debitum in baar Geld beſteht, von der Lit. Cont. ab bis zum Judicate der Beklagte usurae legales zu entrichten hat:

Paul. 57 ad Ed. (D. XXII, 1, 35): lite contestata usurae currunt; vgl. Pap. 2 Quaest. (D. cit. 1. § 2).

Immerhin aber ward unabhängig von allen jenen Sätzen der Lehrbegriff der Novation für die Lit. Cont. bei bon. fid. und reſp. arbitraria a. von der Rechtswiſſenſchaft feſtgehalten, wie Gai. III, 180. 181. Paul. 24 Quaest. (A. 1710) ergeben, ſo daß ſomit ſolche Novation nunmehr als eine bedingte ſich darſtellt, eintretend lediglich für den Fall, daß die Solution des urſprünglichen Debitum zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil Seitens des Beklagten nicht noch erfolgt. Allein ſelbſt für den Fall des Nicht-

eintrittes ſolcher Bedingung ward überdem der Effect jener Novation ganz eigenthümlich abgeſchwächt und modificirt dadurch, daß für die der Litis Aeſtimation zu Grunde zu legenden thatbeſtändlichen Verhältniſſe nicht mehr, wie früher, der Zeitpunkt und der Ort der Lit. Cont. (§ 114 a. E.), als vielmehr, gemäß der Theorie des Servius (§ 119 a. E.), des Judicates als maaßgebend anerkannt wurden (§ 72 unter B 1 a. b.).

Ueberdem trat aber auch in der gegenwärtigen Periode die anderweite Veränderung ein, daß dem durch die Novation begründeten klägeriſchen Anſpruche bei der Litis Aeſtimation als normaler Maaßſtab das quanti interest an Stelle des quanto minoris res est untergelegt wird, eine Thatſache, auf welche in § 142 unter III im Beſonderen zurückzukommen iſt.

C. Endlich auf die stricti iur. actiones wurden zwar nicht die Rechtsſätze unter B 2. 3. 6, wohl aber unter B 1. 4. 5. 7 und zwar von Vorn herein von den Sabinianern allein übertragen, und damit nun die theoretiſche Stellung der Lit. Cont. ſelbſt auf das Eingreifendſte umgeſtaltet.

Und zwar bildet auch hier den Ausgangs- und Mittelpunkt ſolcher Neuordnung einestheils die Zulaſſung der Solution mit liberatoriſchem Effecte zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil, ein Satz, der, indem er zuerſt unter Tiber von den Sabinianern ausgeſprochen wurde, zu der ſprüchwörtlichen Ausdrucksweiſe Veranlaſſung gab: Sabino et Cassio placere omnia iudicia esse absolutoria;[1709]) ſowie anderntheils die Aufrechterhaltung des alten Dogma von der durch Lit. Cont., wie Urtheil bewirkten Novation,[1710]) eine theoretiſche Conſtruction, die auch hier weit ſtrenger und conſequenter als bei der arbitraria und bon. fid. a.

1709) Gai. IV, 114. vgl. J. Just. IV, 12, 2; und dann im Einzelnen z. B. Jul. 33 Dig. (D. XXX, 1, 84. § 5); Ulp. 51 ad Ed. (D. cit. 71. § 1); Paul. 2 de Off. ass. (D. III, 3, 73); oder wegen a. ex stipulatu: Jul. 55 Dig. (D. XLVI, 7, 4). Die entgegengeſetzte proculianiſche Lehrmeinung findet ſich noch bei Paul. 74 ad Ed. bezüglich der obligatio auf facere: § 96 unter 2 a. Dagegen auf die Solution in iure vor der Lit. Cont. bezieht ſich Ulp. 51 ad Ed. (D. XLVI, 3, 30). Vgl. auch Keller, Lit. Cont. 185 fg.

1710) Gai. III, 180. 181. Pap. 12 Resp. (fr. Vat. 263); Paul. 24 Quaest. (D. XLVI, 2, 29); Venul. 3 Stip. (D. cit. 31. § 1); vgl. Ulp. 27 ad Ed. (D. cit. 11. § 1).

feſtgehalten wurde, inſofern als einerſeits der zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil eingetretenen caſuellen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution, wie überhaupt der in jener Zeit eingetretenen Beſeitigung der die Haftung des Beklagten begründenden thatbeſtändlichen Momente der liberatoriſche Effect (unter B 2),[1711] und andrerſeits wiederum der zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil eingetretenen Verwirklichung der klagbegründenden thatbeſtändlichen Momente der ſanirende Effect bezüglich der Klage (unter B 3) verſagt wird.[1712] Im Uebrigen aber verliert in Folge jener Zulaſſung der Solution einerſeits dieſe Novation ihre kategoriſche Natur und verwandelt ſich in eine hypothetiſche: denn es fällt nunmehr dem Beklagten ein Wahlrecht zu, entweder zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil die urſprüngliche res debita ſelbſt, oder nach dem Urtheile deren quanti est zu leiſten, erſteren Falles aber zugleich von der durch die Novation begründeten neuen Obligation ipso iure liberirt zu werden; dagegen behauptet andrerſeits wiederum die Lit. Cont. den Effect, ebenſo das periculum rei debitae, wie die Gefahr der verſchuldeten Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution inſoweit, als ſolche den Beklagten bis dahin nicht traf, von dem Kläger auf den Beklagten zu übertragen: es fällt jenes Wahlrecht des Beklagten hinweg, ſobald nach der Lit. Cont. die Solution des urſprünglichen De-

---

1711) Pomp. 22 ad Sab. (D. XVI, 3, 12. § 3): quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post iudicium acceptum cum detrimento rei periret; u. a. m.: § 98 unter 2 b; und ſo nun auch Verluſt des noxalen Beſitzes: A. 1691. Die Ausnahme bei Jul. in Paul. 2 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXVIII, 1, 37. § 6): si iam petitae sunt operae, liberis sublatis absolutionem faciendam beruht auf ganz ſingulärem Grunde: § 28 unter d cc. Dagegen wird allenthalben die Klage zerſtört, wenn nach der Lit. Cont. das klägeriſche Intereſſe wegfällt, und ſo bei bon. fid. oder arbitr. a.: Lab. und Pomp. bei Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 7. § 7), wie bei cond. tritic.: Jul. 22 Dig. (D. XIII, 1, 14); vgl. A. 1747 und Keller, Civ. Pr. A. 799. Eine Ausnahme ergiebt jedoch die Klage auf Conventionalſtrafe: A. 1747 und von ſolcher iſt auch zu verſtehen Paul. 11 ad Sab. (D. II, 11, 12. § 1); vgl. A. 1755.

1712) Jav. 10 Ep. (D. V, 1, 35): non — iudicium — potest esse de his rebus, quae postea in obligationem adventurae sunt; Paul. 7 ad Plaut. (D. V, 1, 23): non potest videri in iudicium venisse, quod post iudicium acceptum accidisset.

bitum durch Zufall oder auch durch irgend welche Verſchuldung deſſelben ganz oder theilweis vereitelt worden iſt, da diesfalls auch die Solution der deterioirten res debita den Letzteren nicht liberirt.[1713])

Im Einzelnen aber ergeben nun jene Prämiſſen die Rechtsordnung, daß

1. dafern der Beklagte die urſprüngliche res debita zahlt, dieſelbe nicht in deterioritem Zuſtande geleiſtet werden darf, indem ſolche Solution keinen liberatoriſchen Effect hat: A. 1713.

2. Dafern der Beklagte es auf Zahlung des quanti ea res est d. i. des pretium rei (§ 71) ankommen läßt, ſo wird daſſelbe bemeſſen

a. im Falle der mora solvendi nach den thatbeſtändlichen Verhältniſſen zum Zeitpunkte des Eintrittes der Mora und an dem durch Rechtsgeſchäft geſetzten Solutionsorte, eventuell zum Zeitpunkte und Orte der Lit. Cont.;

b. anderenfalls aber

aa. dafern die Solution des urſprünglichen Debitum nicht etwa durch vertretbare Verſchuldung des Beklagten vereitelt iſt, nach den thatbeſtändlichen Verhältniſſen zum Zeitpunkte der Lit. Cont. und an dem durch Rechtsgeſchäft geſetzten Solutionsorte, eventuell am Orte der Lit. Cont.[1714]);

1713) Jul. 52 Dig. (D. XLVI, 3, 33. § 1): iudicio — accepto si hominem (sc. promissum) is, cum quo agetur, vulneratum a se offert, condemnari oportet. Dies iſt der gleiche Effect, wie der mora solvendi: § 137.

1714) Zu a und b aa vgl. Sab. bei Jul. 4 ex Min. (D. XII, 1, 22): vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est; quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum quum datum esset an quum litem contestatus fuisset an quum res iudicaretur? Sab. respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset; si non, quanti tunc, quum petitum esset. Interrogavi, cuius loci pretium sequi oporteat? Respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset; si dictum non esset, quanti, ubi esset petitum; Cass. bei Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XIII, 3, 4): si merx aliqua, quam certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem aestimandam, quanti fuisset eo die, quo die dari debuit; si de die nihil convenit, quanti tunc, quum iudicium acciperetur. Idemque iuris in loco esse, ut primum aestimatio sumatur eius loci, quo dari debuit; si de loco nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur. Quod et de ceteris rebus iuris est; aus welchen beiden Stellen zugleich ſich

bb. dafern die Solution des urſprünglichen Debitum durch vertretbare Verſchuldung des Beklagten vereitelt worden iſt, nach den thatbeſtändlichen Verhältniſſen zum Zeitpunkte der Vereitelung der Solution und zweifelsohne am Solutionsorte[1715]).

3. In beiden Fällen, mag der Beklagte das urſprüngliche Debitum oder das quanti ea res est zahlen, hat derſelbe

a. dafern res non fungibilis geſchuldet war, die von der Lit. Cont. ab bis reſp. zur Solution oder bis zu deren Vereitelung oder bei Möglichkeit derſelben bis zum Judicate zur res principalis hinzutretende omnis causa oder ſonſtigen mittelſt derſelben gemachten Gewinn[1716]),

---

ergiebt, daß die älteren Sabinianer als einzigen Thatbeſtand der mora solvendi den Verzug bei vereinbartem Solutionstermine anerkannten; ſ. A. 1686. Dann zu a: Jul. 88 Dig. (D. XLV, 1, 59): quoties in diem vel sub condicione oleum quis stipulatur, eius aestimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit: tunc enim ab eo peti potest; Ulp. 20 ad Ed. (D. cit. 60): si Capuae certum olei pondus dari quis stipulatus sit, — eius temporis fit aestimatio, quum peti potest: peti autem potest, quo primum in locum perveniri potuit, wo beidemal die Annahme allein einer Mora den ſonſt unlösbaren Widerſpruch mit den Zeugniſſen für b aa löſt, ein Moment, der nach den Geſetzen aller Exegeſe jene Annahme der Mora gebietet, während Mommſen, Beitr. III, 83 fg. 212 fg. einfach die Mora beſtreitet, ohne den dann ſich ergebenden Widerſpruch zu heben. Vgl. § 72 unter B 2 a, ſowie A. 1671. Endlich zu b aa: Afric. 8 Quaest. (D. XVII, 1, 37); Pap. 2 Def. (D. XLVI, 2, 28); Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 2) bei A. 1222; vgl. § 72 unter 1 c.

1715) Cels. bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3) und 5 Dig. (D. XLII, 1, 11); Ulp. cit.; vgl. A. 1716. § 98 unter 1b. § 72 unter B 2 b.

1716) Sab. und Cass. bei Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 7): ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium praestandos, ut causa restituatur; Pap. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 3. § 1): in his quoque iudiciis, quae non sunt arbitraria, nec bonae fidei, post litem contestatam actori causa praestanda est in eum diem, quo sententia dicitur; vgl. 6 Quaest. (D. cit. 2); Paul. 5 ex Plaut. (D. XLII, 1, 8): si homo ex stipulatu petitus post litem contestatam decesserit, — fructuum rationem habendam placet; 17 ad Plaut. (D. XII, 1, 31. pr.): quum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto hoc nos iure uti, ut post iudicium acceptum causa omnis restituenda sit id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset (vgl. A. 959); Sev. und Car. im C. Just. VI, 47, 1; Car. daſ. c. 2: et usuras et fructus (sc. legati) post litem contestatam percipietis; Gord. daſ. c. 4. Und dann wieder was den dies ad quem betrifft: Pap. 20 Quaest. cit., ſowie Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3): si quaeratur, res, quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat (sc. in condtrit.), verius est quod Serv. ait, condemnationis tempus spectandum, si

obwohl unter Abzug der darauf verwendeten impensae necessariae (A. 1661), dem Kläger zu reſtituiren;

b. dafern res fungibilis geſchuldet war und das edictum De eo quod certo loco nicht Platz griff, von der Lit. Cont. ab bis reſp. zur Solution oder zum Judicate usurae legales dem Kläger zu zahlen[1717];

c. dafern certa pecunia insbeſondere geſchuldet war, die poena sponsionis dem Kläger zu zahlen.

In jener geſammten Rechtsordnung aber verwirklichen die Sabinianer einen zwiefachen legislatoriſchen Geſichtspunkt: dieſelben übertragen auf die Lit. Cont. der stricti iur. a. ebenſowohl die Zulaſſung der bei der bon. fid. a. approbirten Solution des urſprünglichen Debitum zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil, als auch die ſämmtlichen Folgewirkungen der mora solvendi bei den bon. fid. negotia (§ 86 unter I A), inſoweit ſolche überhaupt an und für ſich zu ſolcher Uebertragung ſich eignen, mit der doppelten Ausnahme, daß theils die Haftung des Debitor für Schadenerſatz bei der cond. trit. wegfällt, theils für den Zeitpunkt und Ort der Litis Aeſtimation da die Lit. Cont. beibehalten bleibt, wo bei der bon. fid. a. das Judicat maaßgebend iſt. Und indem wiederum dieſe letzteren Folgewirkungen in weit beſchränkterer Maaße von den Proculianern an die mora solvendi bei den stricti iur. negotia angeknüpft wurden (§ 137), ſo meſſen ſonach bei dieſen Rechtsverhältniſſen die Sabinianer viel weitergehendere Effecte der Lit. Cont., als die Proculianer der mora solvendi bei.

---

vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, eine Beziehung der letzteren Stelle, die, bereits von Gans, Oblig. Rt. 62 fg. ſtatuirt, alle Schwierigkeit gegenüber A. 1714 hebt und gegen die der Einwand von Liebe, Stipulat. 54 nicht verfängt, weil man recht wohl zur Stütze der ſabinianiſchen Theorie auf die ſervianiſche Theorie in § 119 ſich berufen konnte.

1717) Sev. und Car. im C. Just. VI, 47, 1: legatorum seu fideicommissorum usurae ex eo tempore, quo lis contestata est, exigi posse manifestum est; Car. daſ. c. 2 (ſ. A. 1716); Diocl. daſ. IV, 32, 23: oleo quidem vel quibuscunque fructibus mutuo datis incerti pretii ratio additamenta usurarum eiusdem materiae suasit admitti.

§ 140.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanſchauung und dem Lebensverkehre.

Die aequitas war in die gegenwärtige Periode eingetreten theils in ihrer vulgären Beziehung als das Geſetz der Billigkeit im Allgemeinen, theils, in ihrer Stellung eines von der Rechtstheorie anerkannten eigenthümlichen Elementes im Rechte, als Trägerin und Vertreterin zweier verſchiedener Rechtsprincipien, die inmitten der Geſammtfülle der von der Volksanſchauung getragenen Ideen von Billigkeit in dem Gange der geſchichtlichen Rechtsentwickelung deutlichſt ſich abgegränzt und ſo nun jene Anerkennung als ſelbſteigener Motive der Rechtsbildung gefunden hatten: der damni ratio, welcher bereits in dem älteſten Rechte ſolche Stellung überwieſen war, und der voluntatis ratio, welcher die Theorie der ausgehenden erſten Periode die entſprechende Stellung zuerkannt hatte (§ 122). Die Theorie der gegenwärtigen Periode ordnet nun den Letzteren auch noch die arbitrii und die sanguinis ratio bei (Thl. I § 66), ſo daß nun die theoretiſch juriſtiſche aequitas zur Vertreterin aller jener Principien ſich erhebt, deren hiſtoriſche Ausprägung darzuſtellen, die Aufgabe des gegenwärtigen Theiles iſt.

Gleichzeitig mit jener Verallgemeinerung dieſer prärogativ juriſtiſchen aequitas vollzieht ſich ſodann die Verbindung des aequum et bonum ſelbſt mit dem ius naturale (Thl. I § 61. 69), in Folge deren ebenſo die erſtere ein philoſophiſches Fundament und eine tiefere doctrinelle Begründung gewinnt (Thl. I § 78), wie auch wiederum das ius naturale für ſeine Satzungen eine neue Beſtimmung in Sphäre, wie Richtung empfängt, insbeſondere aber auch die Vertretung der damni, voluntatis, wie sanguinis ratio übernimmt (Thl. I § 61. 64).

Jener geſammte Proceß aber iſt, wie in Thl. I § 95 dargelegt, nicht allein von der höchſten dogmengeſchichtlichen Bedeutung für die rechtsphiloſophiſche Speculation der gegenwärtigen Periode, ſondern auch von größter Wichtigkeit für die rechtshiſtoriſche Entwickelung dieſer Zeiten: denn indem darin eine bewundernswerthe Abklärung einer vollkommen deutlichen und beſtimmten Erkenntniß des Ganges und der Richtung ſich vollzieht, welche die geſammte

Rechtsentwickelung verfolgte, und des Zuges der leitenden Ideen, welche von der Volksanſchauung jener Zeiten getragen und vertreten wurden, ſo wirkt nun dieſe Thatſache wiederum in entſcheidendſter Maaße auf den Gang der Rechtsentwickelung ſelbſt zurück. Und ſo daher verfolgt die Rechtsbildung dieſer Zeiten nicht allein unwandelbar eine durchaus beſtimmte Richtung, ſondern es gränzen ſich auch inmitten jener großen und weitgreifenden Bewegung die beſonderen vierfachen Strömungen auf das Deutlichſte ab, welche jenen Seitens der Rechtswiſſenſchaft proclamirten vier Principien im Einzelnen entſprechen (Thl. I § 66). Und dieſe letztere Thatſache nun iſt es, welche für die Geſchichte der damni ratio eine ganz beſondere und eigenthümliche Bedeutung dadurch gewinnt, daß hier der Verſuch unternommen wird, gewiſſe dieſem Princip angehörige Rechtsfiguren zu Centralorganen der aequitas in jener ihrer Totalität umzugeſtalten: die bon. fid. a. (§ 129), wie beziehentlich die a. ex stipulatu, und die exc. doli mali oder reſp. die dieſelbe vertretende defensio ipso iure (§ 132), ein Verſuch, der jedoch in den erſteren Beziehungen nur in beſchränkterer und lediglich in den letzteren Beziehungen in vollkommener Maaße zur Durchführung gelangte.

Hand in Hand hiermit geht zugleich ein vollſtändiger Wechſel in der Auffaſſung von der Stellung der aequitas in und gegenüber dem Rechte. Denn während die früheren Zeiten die Befugniß des Richters zur Anwendung der Erſteren an eine durch die Klagformel beſonders ertheilte Ermächtigung anknüpften, wie ſolche in dem arbitrium legitimum und honorarium und in der a. ex stipulatu, wie reſp. in dem iudicium der leg. a. per iud. postul. und der a. arbitraria und auch in der a. in bonum et aequum conc., und dann wieder bei anderen Klagen durch die concrete Conception von deren Formeln gegeben war, ſo bedarf es nach der Auffaſſung der gegenwärtigen Zeiten für den Richter nicht mehr ſolcher beſonderen Ermächtigung, um die aequitas bei ſeinem Urtheile in Anwendung zu bringen (§ 136). Vielmehr beſtimmt ſich fortan das officium iudicis dahin, daß derſelbe bei ſeiner Entſcheidung nicht allein zwei verſchiedene Normative des Rechtes: den rigor und die aequitas anzuwenden habe, ſondern daß ſogar im Falle eines Widerſpruches zwiſchen Beiden im Allgemeinen die letztere die vorgehende und maaßgebende: die derogatoriſche und corrective

Potenz iſt, inſoweit nicht das betreffende Rechtsverhältniß principiell mit Ausſchluß der aequitas auf den rigor fundirt iſt.

Sodann nun das Princip der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung insbeſondere tritt in der gegenwärtigen Periode vielfach in der Form des logiſch allgemeinen Urtheiles, durchgehends aber mit vollſter Präciſion und Beſtimmtheit in zahlreichen wiſſenſchaftlichen Sentenzen zu Tage, welche, in § 67 zuſammengeſtellt, auf die doppelte Urtheilsform zurückgehen: nemo cum alterius damno locupletior fieri und nemo damnum sentire per alterius lucrum debet, ſo bei Proc. in Paul. 30 ad Ed., Jul. 2 Dig., Gai. 4 ad Ed. prov., Pomp. 9 ex var. lect. und 14. 21 ad Sab., Ulp. 5 de omn. trib., 7. 25. 31 ad Ed., wie 34 ad Sab., Paul. 20. 30 ad Ed., Tryph. 8 Disp. und Herm. 2 Jur. Ep. Und nicht minder gelangt ſolches Princip ebenſo in der kaiſerlichen Legislation[1718]), wie in dem honorariſchen Edicte zu[1719]) wohlbewußter Anerkennung, wie Verwendung. Beides aber: jene abſtracte Formulirung des Principſatzes ſelbſt, wie deſſen wohlbewußte Anwendung im Rechte erklärt ſich aus der in § 122 dargelegten voraufgehenden Behandelung dieſes Lehrſatzes Seitens der Philoſophie. Allein während im Munde der Letzteren jener Lehrſatz wegen allzu großer Allgemeinheit ſeines Denkgehaltes als unbrauchbar für das Leben und deſſen geſchäftlichen Verkehr ſich erwies, ſo ward demſelben in der Hand der Jurisprudenz ſolche Verwendbarkeit gewonnen theils dadurch, daß ihm

---

1718) So in der Orat. Hadriani de S. Cto Juvent. in Dig. V, 3, 22: dispicite, patres conscripti, num quid sit aequius possessorem non facere lucrum etc.; dann in dem Rescr. Antonini Pii de pretiis rerum heredit. in Dig. IV, 2, 18: ob id ipsum peti ab eo hereditatem posse, quia, licet res — apud eum non sint, tamen pretium earum, quo locupletem eum — faciendo — obligat; ſowie in dem Reſcript über die Klage wider den Pupillen in quantum locupletior factus est in A. 1645; endlich in dem Rescr. Antonini Phil. im C. Just. III, 31, 1. § 1: usuras — bonae fidei possessores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores exstiterint; ſowie in dem Reſcripte in A. 1171; u. a. m. vgl. Sell, Verſuche I, 10. 11.

1719) Hier z. B. durch Einfügung der Clauſel „neque quo fraus cui eorum fiat“ in das auguſteiſche Edict Pacta conventa, der Clauſel „de — fraude — damnatus erit“ in das auguſteiſche Edict Infamia notatur und der Clauſel „quae — fraudisve causa facta esse dicantur“ in das auguſteiſche Edict Quae dolo malo: bei A. 1418.

von dieſer die beiden beſchränkenden Momente eingefügt wurden, es müſſe die Bereicherung einerſeits oder die Schädigung andrerſeits ebenſowohl eine an ſich ungerechtfertigte ſein, als auch wider den Willen des Benachtheiligten ſelbſt ſich vollziehen, um dem obigen Verbote zu unterfallen (§ 68); theils dadurch, daß jenes Princip nicht als Rechtsſatz, ſondern ſtrict als legislativer Grundſatz adoptirt, ſonach aber demſelben nicht an ſich ſelbſt ſchon und unmittelbar Geltung im Rechte beigemeſſen ward, als vielmehr nur mittelbar und auf dem Wege, daß es als Directiv für neu zu ſchaffende Rechtsſätze verwendet wurde, in denen nun ſein Poſtulat in concreterer Beziehung ausgeprägt und verwirklicht ward.

Immerhin aber gelangt auch bei ſolcher Beſchränkung jenes Principes Seitens der Jurisprudenz der von der Philoſophie getragene Standpunkt eines ethiſchen Idealismus (§ 122) noch zu voller Geltung im Rechte. Denn gegenüber dem treibenden Motive des geſammten Güterverkehres, daß der Einzelne die jeweilig gegebene Gütervertheilung in ſeinem egoiſtiſchen Intereſſe zu verändern ſtrebt, prüft jenes Princip die Ordnungsmäßigkeit oder Ordnungswidrigkeit nicht bloß des in Verfolgung jener Tendenz vom Einzelnen eingeſchlagenen Weges, als vielmehr des auf dem eingeſchlagenen Wege erreichten Ergebniſſes an ſich der Güterbeſitz-Veränderung; und indem nun jenes Princip in klarer und deutlicher Erkenntniß der ihm zufallenden Aufgabe den hierbei begangenen Ausſchreitungen entgegentritt und der rückſichtsloſen Ausbeutung des Einen durch den Egoismus des Anderen wohlerwogene Schranken ſetzt, ſo tritt damit das Recht in der That auf den Standpunkt eines Idealismus und Humanismus: der Anforderung eines ethiſchen Maaßhaltens im Erwerben von Gütern auf Unkoſten des Anderen. Es gewinnt mit Einem Worte in jenem Principe die δικαιοσύνη der Stoiker (Thl. I § 27. fg. 37) ihre theoretiſche Vertretung in dem Rechte. Und wie nun für dieſe geſammte Richtung der Auffaſſung und Reflexion die Philoſophie den maaßgebenden Vorgang darbot; wie es namentlich die Unterſuchungen der Stoa in der Pflichtenlehre ſind, welche anregend und läuternd auf die Jurisprudenz zurückwirkten und die letztere auf die allgemeinſten Principfragen hinleiteten (Thl. I § 49 fg.); ſo treten nun auch in der Rechtslitteratur der gegenwärtigen Periode vielfach ſpeculative Reflexionen zu Tage, welche, den Entſcheidungen von

Rechtsfragen zu Grunde gelegt, verwandt mit jenem nemo cum damno alterius locupletior fieri debet und von übereinſtimmender Tendenz und principieller Tragweite ſind, ſo in den Sätzen ne factum cuiusquam alteri damnum afferat[1720]); ferner licitum est, quod mihi prodest, alteri vero nihil nociturum est und non licitum est animo nocendi facere, quod mihi non prodest[1721]); ingleichen quum de lucro duorum quaeratur, melior est causa possidentis und melius est favere repetitioni, quam adventicio lucro[1722]), oder endlich in den Erwägungen bei Afric. 8 Quaest. (D. XLVII, 2, 63. § 5): licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse.

Endlich unterhalb des Principſatzes nemo cum damno alterius locupletior fieri debet treten von Alters her noch ſpeciellere Sentenzen gnomiſchen Characters zu Tage, welche, das Princip in ſeinen manichfachen Anwendungen auf die beſonderen bezüglichen Thatbeſtände verlautbarend, gleich als Sprichwörter und Gemeinplätze im Munde des Volkes entſtanden und ſich überlieferten, in dem vorigen Zeitraume von der Rechtswiſſenſchaft in regulae iuris und constitutiones umgeſetzt worden waren (§ 101, 111, 122) und in der gegenwärtigen Periode nun in einem eigenen Zweige der juriſtiſchen Litteratur: den libri regularum zuſammengefaßt, interpretirt und verarbeitet wurden (A. 1365). Und ſo hat denn die Rechtswiſſenſchaft dieſen Zeiten nicht allein die überlieferten

---

1720) Jul. 39 Dig. (D. XXXVI, 1, 25. § 2): A. 1653; Pap. 27 Quaest. (D. XLII, 6, 3. pr.).

1721) Ulp. 53 ad Ed. (D. XXXIX, 3, 1. § 11) und Marcell. daſ. (D. cit. § 12); Paul. 49 ad Ed. (D. cit. 2. § 5); wonach nun die Solution der res aliena legata geregelt iſt: Gai. 1 Fideic. (D. XXXII, 1, 14. § 2), Ulp. 51 ad Ed. (D. XXX, 1, 71. § 3), wie die Reſtitution der Impenſen bei der rei vindicatio: Cels. 3 Dig. (D. VI, 1, 38) vgl. A. 961.

1722) S. 146. Und danach nun wird die Tolerabilität des error iuris geregelt: Pap. 19 Quaest. (D. XXII, 6, 7): iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet, und das Weitere bei Voigt im Arch. f. civ. Pr. LIV, 84 fg.; ſowie die Zuläſſigkeit der rest. in int.: Paul. 12 ad Ed. (D. IV, 6, 18), sent. rec. I, 9, 4 a; und dann wieder die Bemeſſung des Legates im Falle bei Ulp. 25 ad Ed. (D. XI, 7, 14. § 1).

Rechtsgnomen bewahrt und theilweis auch in ganz neuen Beziehungen verwendet, so das commodum eius esse debet, cuius periculum est[1723]), das si utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestatur[1724]), das quoties culpa intervenit debitoris, perpetuatur obligatio[1725]) und a. m. (§ 101. 111), sondern auch den überlieferten Bestand durch Schaffung von neuen Gnomen noch vermehrt, so außer den in § 127, 134 Citirten z. B. des

bona fides non patitur, ut bis idem exigatur mit seiner so vielseitigen Verwendung: A. 1101. 1614 a. 1662. fg. 1668. 1698. fg. und dann auch bei Jul. 15 Dig. in Ulp. 46 ad Sab. (D. XXI, 2, 32. § 1), Paul. 19 ad Ed. (D. XL, 3, 14. § 9) und vergl.;

qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere: Jul. 17 Dig. (D. L, 17, 63);

nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est: Scaev. 5 Quaest. (D. L, 17, 88);

nemo videtur dolo exsequi, qui ignorat causam, cur non debeat petere: Paul. 14 ad Plaut. (D. L, 17, 177. § 1);

iniquum esse usuras ab eo exigi, qui fructus non percepisset: Paul. 1 Decr. (D. XXII, 1, 16. § 1);

sicut aequum est bonae fidei emtori alterius dolum non nocere, ita non est aequum eidem personae venditoris sui dolum prodesse: Paul. 14 ad Plaut. (D. XIX, 1, 37);

bonae fidei convenit ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus (sc. communis) acquisierit: Gai. 7 ad Ed. prov. (D. XLI, 1, 45).

1723) So bei Sen. Exc. Contr. III, 6, 3. Pap. Defin. Paul. 3 ad Sab. J. Just. III, 23, 3 in § 89. Und so nun in anderer Verwendung bezüglich der Societät bei Ulp. 30 ad Sab. (D. XVII, 2, 55): aequum est, ut cuius participavit lucrum, participet et damnum; und ähnlich bezüglich der communio hereditatis bei Gai. 7 ad Ed. prov. (D. X, 2, 19); bezüglich der dos bei Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIII, 3, 7. pr.): quum — onera matrimonii subeat, aequum est eum etiam fructus percipere; bezüglich der Berechnung der Nachlaßsubstanz rücksichtlich der quarta Falcidia: Maecian. 8 Fideic. (D. XXXV, 2, 30. pr.).

1724) So bei Afr. 5 Quaest. Ulp. 28 ad Ed. Modest. 2 Diff. u. a. m. s. § 86 unter III A 2.

1725) Wegen des Commentares dieser Parömie s. A. 1371.

Und gleichwerthig mit diesen Gnomen sind wiederum gewisse, von der Rechtswissenschaft getragene Sätze, welche als leitende Gesichtspunkte für neue Rechtsordnungen verwendet, nähere Bestimmungen des Principes bei dessen Anwendung in dem Leben ergeben, so der proculianische Lehrsatz, welcher dem Umstande, ob von dem Debitor die Initiative zum Abschlusse des Rechtsgeschäftes ausging, den Effect beimißt, das Maaß der Verhaftung desselben zu steigern: bald vom Dolus auf Culpa (A. 1027), bald von Culpa auf casus (A. 1757), oder wenn nach der sabinianischen Lehrmeinung der Umstand, ob der casus das zu prästirende Rechtsobject bei jedem Besitzer und somit auch bei dem Berechtigten betroffen haben würde oder nicht, den Verpflichteten dort von der Haftung für casus liberirt, hier solcher Haftung unterwirft (§ 143 unter II A 1 b).

Dahingegen bezüglich des Principes der arbiträren richterlichen Cognition fehlt nicht allein jene concentrische und abstracte, jene einheitliche und umfassende Formulirung des Principsatzes selbst, sondern es mangeln auch diese niederen, dessen Gehalt in concreterer Beziehung darlegenden Sentenzen, eine Thatsache, die aus der Natur von Jenem als einem formalen Principe ohne Weiteres sich erklärt (Thl. I § 66).

§ 141.

Fortsetzung.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre.

Bezüglich der damni ratio werden der gegenwärtigen Periode zwei verschiedene Systeme überliefert, welche, historisch von ganz verschiedenen Perioden und Zeitanschauungen ausgehend, vollkommen selbstständig und unabhängig neben einander stehen und welche, auf völlig verschiedenen dogmatischen Gesichtspunkten beruhend, höchstens zufällig den gleichen Thatbestand umfassen: einerseits das System des rigor mit seiner Repression der schadenfähigen Handlung durch die poena temeritatis, in Geltung sich behauptend theils in der poena sacramenti und sponsionis, theils bei gewissen stricti iur. actiones: bei leg. a. sacram. und in rem agere per sponsionem mit ihrer pönalen Steigerung der Restitu-

tion (A. 872 fg.), bei a. auctoritatis (A. 860), Klage aus lex mancipii und Damnationslegat auf certum (A. 869 fg.), iudicium iudicati und depensi contrarium (A. 865), ſowie, wenn auch modificirt, bei cond. tritic. im Allgemeinen (§ 139 unter C), theils aber auch bei gewiſſen, auf dem Boden der aequitas ſtehenden Klagen: bei a. fiduciae cum amico, redhibitoria und depositi in turba etc. dati (A. 860 fg.), bei der form. petit. (§ 84 unter E), wie bei a. quod met. caus.; und auf der anderen Seite ſodann die aequitas mit ihrem ſo reich gegliederten Syſteme in Repreſſion der ungerechtfertigten verſchuldeten Vermögensſchädigung, der ungerechtfertigten Bereicherung, wie der einen ſolchen Effect ergebenden Verfolgung eines Rechtsanſpruches. Wenn daher ſolcher grundſätzliche und ſomit unausgleichbare Gegenſatz von der Theorie der gegenwärtigen Periode nicht überwunden werden konnte und ſomit ein einheitlicher und harmoniſcher Abſchluß in den betreffenden Partieen des Rechtsſyſtemes fehlt, ja gar nicht anders zu erreichen war, als durch Abſtoßung des einen jener beiden Syſteme, ſo lag nun wiederum die völlige Beſeitigung vom Syſteme des rigor gar nicht in dem Sinne der gegenwärtigen Zeiten: denn das, was an poſitiven Satzungen der rigor in den obigen poenae temeritatis bot, ward nicht als unangemeſſen von den Anſchauungen dieſer Zeiten empfunden, während der leere Raum, welchen das Syſtem des rigor beließ, theils durch die Rechtsbildungen der vorigen Periode bereits ausgefüllt war, theils durch die Schöpfungen dieſes Zeitraumes noch gedeckt wurde, ſo namentlich durch die neuen actiones restitutoriae und utiles ex contractu vel quasi oder ex delicto auf id quod pervenit oder quanto locupletior factus est, wie durch die neuen Verwendungen der exc doli mali.

Immerhin aber tritt in anderer Richtung die Tendenz einer Ausgleichung der überlieferten Rechtsverſchiedenheiten zwiſchen den stricti iur. und den bon. fid. actiones zu Tage (§ 136 fg.). Allein einestheils werden hiervon nur iſolirte Rechtsinſtitute berührt, bezüglich deren beſondere hiſtoriſche Motive für jene Tendenz obwalten: die condictiones ob caus. und die Klagen aus Fideicommiß, wie aus legatum sinendi modo und per damnationem, und wenn anderntheils wiederum in anderen Beziehungen ſolche Tendenz weiter greift, ſo ſind dies wieder Punkte, in denen, wie obbemerkt, das Syſtem des rigor Lücken bot und ſomit es

galt, dieſelben den veränderten Bedürfniſſen der Zeiten entſprechend zu ergänzen: in Bezug auf die doloſe Vereitelung der Solution am legalen Leiſtungsorte und die doloſe Verweigerung der stipulatio simplae vel duplae bei Stipulation über entgeltliches Veräußerungsgeſchäft, wie reſp. in Bezug auf die mora accipiendi. Und endlich ſind es wieder ganz eigenthümliche Verhältniſſe, welche die Uebertragung gewiſſer Effecte der mora solvendi beim bon. fid. negotium auf die der cond. tritic. unterfallenden Rechtsverhältniſſe beſtimmen. Denn während die älteſte Zeit bei dieſer Klage an die iniusta lit. cont. als poena temeritatis die Wirkung knüpfte, daß dadurch ein definitiver Umſatz des Debitum in deſſen quanti ea res erit und damit der Uebergang der Gefahr der caſuellen, wie der durch des Beklagten culpa in non faciendo herbeigeführten Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte von dem Gläubiger auf den Beklagten erfolgte (§ 98), ſo verlor nun ſolcher Effect ſeine pönale Bedeutung dadurch, daß die gleichen Folgewirkungen bereits von der vorigen Periode an die mora solvendi beim bon. fid. negotium angeknüpft worden waren, ohne daß hier mit denſelben die Volksanſchauung die Auffaſſung einer poena für den Debitor verbunden hätte, indem vielmehr hier ſolche Verbindlichkeit durchaus nur als ein reiperſecutoriſches Element der durch die Verſchuldung von Jenem begründeten Entſchädigungspflicht, ſomit aber ſolche Ordnung ſelbſt als einfache Conſequenz der öconomiſch ausgleichenden Tendenz der aequitas aufgefaßt wurde (§ 112). Damit aber verloren auch jene Effecte der Lit. Cont. bei cond. trit. ihren pönalen Character und gewannen den Anſchein des Reiperſecutoriſchen, ſomit des Gleichartigen und ſyſtematiſch Homogenen mit den übereinſtimmenden Wirkungen der mora solvendi bei den bon. fid. negotia. Und von dieſem Standpunkte der Anſchauung aus war es nun im Principe ein kleiner Schritt, gewiſſe dieſer Folgewirkungen bereits an die mora solvendi bei jenen erſteren Rechtsverhältniſſen anzuknüpfen.

Hiſtoriſch weit bedeutungsvoller und folgenreicher iſt dagegen der Umſchwung, der darin in der Rechtsanſchauung ſich vollzog, daß nunmehr dieſelbe im Allgemeinen auf den Standpunkt der aequitas übertritt, und ſomit auch die dem rigor eigenthümlichen Urtheilsverhältniſſe mehr und mehr an ſyſtematiſcher Bedeutung

verlieren. Denn gleichwie jetzt die Römer den elementaren Grundstoff ihres gesammten juristischen Denkens aus dem ius gentium und dessen Ideenkreise entnahmen, im Allgemeinen aber die ererbte nationale Befangenheit der Anschauung in Sachen des Rechtes mehr und mehr abstreiften (Thl. II § 86 fg.), so sind es nun auch die in der aequitas gebotenen Kategorieen und Gesichtspunkte, welche den bestimmenden Einfluß auf das Recht im Allgemeinen erringen; und wie z. B. der Gegensatz von Zufall und Verschuldung und die Differenziirung von Dolus und Culpa für das Privatrecht im Allgemeinen zu maaßgebenden Kategorieen sich erheben (§ 135); wie sodann der Begriff der Mora eine Geltung für das gesammte Obligationenrecht gewinnt,[1726]) so nun gelangt auch die Tendenz zur Geltung, den Schwerpunkt der juristischen Beurtheilung der thatbeständlichen, wie juristischen Momente eines Verhältnisses statt in die Lit. Cont. auf den Zeitpunkt des Urtheiles zu verlegen,[1727]) und so werden nicht minder die in dem ältesten Rechte bestimmenden proceßrechtlichen Kategorieen durch die entsprechenden civilrechtlichen verdrängt und ersetzt, so indem der Theorie der processualischen Consumtion von Lit. Cont. und Urtheil: gestützt auf die Identität der actio und auf das ne actum agatur von dem civilrechtlichen Gesichtspunkte aus des ne bis idem exigatur ebenso die Theorieen von dem ausschließenden Effecte der Lit. Cont. und von der Rechtskraft: beidemal gestützt auf die Identität der quaestio und des ne bis de eadem re agatur, wie die Theorie von der Klagenconcurrenz substituirt werden (§ 138).

Innerhalb der Sphäre der aequitas aber erfolgt nunmehr die Vollendung und der Abschluß des von der vorhergehenden Periode begonnenen Werkes: es wird ebensowohl jene Rechtsmasse, welche von der Jurisprudenz der Republik zwar in ihren Grundordnungen, allein auch nur in allgemeinen Umrissen fixirt war (§ 123), von der gegenwärtigen Periode in fleißiger Durch-

---

1726) Bei stricti iur. a.: § 137; bei a. ex delicto: A. 1682; bei precarium: Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 26, 8. § 6) u. a. m.

1727) Vgl. Savigny, Syst. § 263, sowie oben § 72. Vollkommen durchgeführt ist jedoch diese Tendenz nicht: § 72. 81. 138, und dann im Einzelnen z. B. Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIV, 1, 7. § 3), Paul. sent. rec. I, 9, 4 a und dergl.

arbeitung ihrer formellen, wie materiellen Vollendung entgegengeführt, wie auch die allgemeinen leitenden Grundgedanken der aequitas in der ganzen fruchtbaren Fülle ihres Stoffreichthumes im Einzelnen legislativ, wie doctrinell verwerthet werden: dort, indem im Hinblick auf die Gestaltungen, wie Anforderungen des Lebensverkehres die zu normirenden Thatbestände immer schärfer determinirt und neue Unterscheidungsmerkmale zur Bedeutung des Wesentlichen erhoben, die daran geknüpften Rechtssätze selbst aber im Detail durchgearbeitet und präciser formulirt werden, hier, indem die Wissenschaft durch directe Verknüpfung des stofflich Zusammenbehörigen, wie durch scharfsinnige Bestimmungen der allgemeinen leitenden Begriffe die Einsicht, wie Uebersicht in den Stoff selbst fördert. Allenthalben wird die verallgemeinernde Haltung der überlieferten Ordnungen durch Darlegung neuer und wesentlicher Unterschiede beseitigt, der überlieferte Stoff durch sorgliche Detailarbeit feiner bestimmt und vielfach geläutert, die leitenden Grundgedanken selbst aber nach ganz neuen Richtungen hin geführt und zur Geltung gebracht, und so denn nun ein Werk geschaffen, in welchem die kosmopolitische und welthistorische Bedeutung des römischen Rechtes gipfelt: denn es sind die wichtigsten und zugleich die allerschwierigsten Lehren des Rechtes, welche dort in mustergültiger Klarheit und Präcision, wie mit bewundernswerther Feinheit verarbeitet, und ebenso von umfassendsten und freiesten, speculativ geläuterten Gesichtspunkten,[1728]) wie mit Sinn und Verständniß für die Anforderungen des Verkehres von den römischen Juristen behandelt worden sind.

Im Besonderen aber tritt vor Allem das reiche Detail von Rechtssätzen hervor, das innerhalb der Sphäre jenes Principes von der gegenwärtigen Periode geliefert wird, jene sorgsame Durcharbeitung somit ebenso der rechtsverletzenden Thatbestände an sich, die, sei es als ungerechtfertigte Vermögensschädigung, sei es als ungerechtfertigte Bereicherung, von der aequitas einer Repression unterstellt sind, als auch der daraus sich ergebenden Befugnisse und Verbindlichkeiten, namentlich innerhalb der Sphäre der bon. fid. a., wie der form. pet. Und überblickt man die überaus reiche Verwendung, welche beiden Klagformeln zu

1728) So z. B. Tryph. 9 Disp. (D. XVI, 3, 31); vgl. Thl. I § 95.

Theil ward (§ 85 fg.), so ist in der That jene weise Oekonomie zu bewundern, welche einerseits in der überlieferten Formel die proceßrechtliche Einheitlichkeit des Rechtsmittels festhielt, und anderntheils doch solchem Rechtsmittel eine so überaus reiche Verwendung zu Theil werden ließ, und es ist jenes wohldurchdachte System zu würdigen, welches je auf eine einzige processualische Figur und auf eine einzige, in kurzer Wortconception zusammengefaßte Formel die vielfältigen Constellationen und die verschiedensten Verhältnisse des geschäftlichen Verkehres zurückführte, ohne dabei diesen Verkehr in der Freiheit seiner Bewegungen zu beengen, noch auch dessen Anspruch auf Schutz unerfüllt zu lassen.

Nicht minder werden aber auch für die allgemeinen Begriffe und Urtheilsverhältnisse selbst, welche die höheren Voraussetzungen oder die reflexiven Mittelpunkte jener Rechtssätze bilden, in vielseitiger Betrachtung durchaus klare und deutliche, den realen Verhältnissen entsprechende und deßhalb objectiv wahre und für alle Zeiten endgültige Bestimmungen gewonnen: ebenso wird der Begriff an sich adäquat der damit verbundenen Vorstellung bestimmt, wie auch mit anderen Begriffen zu Urtheilen verknüpft, welche nicht minder den empirischen Verhältnissen, wie den Aufgaben des Rechtes entsprechen. Und zwar sind es vornämlich zwei verschiedene Gruppen von Begriffsverhältnissen, bezüglich deren der römischen Jurisprudenz solches hervorragende Verdienst zufällt: einerseits die Begriffe der öconomischen Beziehungen, welche bei der Repression der ungerechtfertigten Schädigung, wie Bereicherung maaßgebend sind, und andrerseits die Zurechnung mit ihren Unterarten, wie Gegensätzen, welche für die Repression der verschuldeten ungerechtfertigten Schädigung in Betracht kommt.[1729])

Und zwar zuvörderst in der Lehre von der Zurechnung sind von Alters her die Gegensätze überliefert von fortuna oder Zufall,

1729) Die Mehrzahl aller jener Begriffe ist in ihrer logischen, lexicalischen, wie rechtshistorischen Beziehung im Einzelnen behandelt von Voigt, über den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung und den öcon. Erfolg einer That bezeichnender technischer lateinischer Ausdrücke, in Abh. d. k. s. Ges. d. Wiss. XVI.

wofür im Civilrecht frühzeitig die Umſchreibung eintritt von alicuius periculo esse, und von culpa oder Verſchuldung (A. 1379), an deren Stelle und reſp. neben welche letztere jetzt nun die Bezeichnungen eintreten von casus und noxia. Und von dieſen Lehrbegriffen gewinnt nun zunächſt der Zufall eine hohe juriſtiſche Bedeutung namentlich bei der bon. fid. a., wie bei der form. petit. und der arbitraria a. im Allgemeinen, und giebt ſo nun Veranlaſſung ebenſo zur Klärung allgemeinerer Geſetze, als zu eingehenderen Detailunterſuchungen, wie aber auch zu mannichfachen Controverſen.[1730])

Dann wiederum bezüglich der Verſchuldung bei den arbitria insbeſondere erhielt die gegenwärtige Periode einen zwiefachen Maaßſtab überliefert: bei den legitima wird von älteſter Zeit her dieſelbe bemeſſen nach dem Maaßſtabe des Individuellen, wie ſolcher aus dem Naturell des betreffenden Subjectes ſelbſt ſich ergiebt: nach dem Grade der Achtſamkeit oder Sorglichkeit, der diligentia oder cura, welche dem Betreffenden in wirthſchaftlichen Dingen und in Vermögens-Angelegenheiten insbeſondere zur zweiten Natur geworden iſt (A. 1273. § 112), wogegen bei den originären honoraria arbitria, ebenſo wie bei der form. petit. die Verſchuldung nach dem generellen Maaßſtabe bemeſſen wird, wie ſolcher in dem pflichtmäßigen Verhalten des normalen: des diligens paterfamilias gegeben iſt.[1731]) Gegenüber ſolcher Zwiefältigkeit dieſes Maaßſtabes trat nun in der gegenwärtigen Periode die doppelte Tendenz hervor, einerſeits den individuellen Maaßſtab völlig abzuſtoßen und auch auf die in bon. fid. actiones umgewandelten alten legitima arbitria den generellen Maaßſtab zu übertragen, wie andererſeits wiederum die Haftung für culpa in concreto auch auf die originären bon. fid. negotia überzuleiten.

1730) Im Allgemeinen ſ. § 83 unter C. § 89. Schulcontroverſen ſ. § 139 unter A 2. B 2 und dann z. B. zwiſchen Lab. und Octav. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 18. pr.) ſ. A. 967. Detailpunkte ſ. § 89 unter 2. Daneben dann wieder das allgemeine Axiom: ad impossibilia nemo obligatur.

1731) Cels. 11 Dig. (D. XVI, 3, 32) beſtimmt dieſen Gegenſatz als diligentia ad eum modum, quem hominum natura desiderat, ſomit conform der Speculation über das ius naturale (Thl. I § 53) und ad suum modum cura; und Paul. 23 ad Ed. (D. X, 2, 25. § 16) durch diligentia, qualem diligens paterfam. und qualem in suis rebus praestat.

Denn die erſtere, bereits in der vorigen Periode (§ 112 a. E.) angedeutete Tendenz manifeſtirt ſich in Bezug auf die fiducia,[1732]) res uxoria,[1733]) tutela,[1734]) wie communio incidens,[1735]) während die letztere Tendenz zu Tage tritt in Bezug auf die emtio venditio, das commodatum[1736]) und die societas.[1737]) Indem jedoch die letztere Tendenz nicht zur Herrſchaft gelangte, ſo fiel nun der Theorie die Aufgabe zu, jene nach dem Maaßſtabe des Generiſchen zu bemeſſende Verſchuldung nach Inhalt, wie Umfang: in ihrer Weſenheit, wie ihren Arterſcheinungen näher zu beſtimmen. Und bezüglich jenes erſteren Punktes ward nun dieſelbe als das der bona fides (A. 1333) widerſtreitende Verhalten conſtruirt und zugleich als dolus malus d. h. Argliſt in einem abnorm weiten Sinne des Ausdruckes bezeichnet (1594), während in der letzteren Beziehung ein dreifacher Grad der Verſchuldung unterſchieden ward: der dolus malus (rechtswidrige Vorſatz) und die culpa (Fahrläſſigkeit), wie die culpa lata und levis, wobei nun dieſer dolus malus ſeinen Gegenſatz findet ebenſo in dem rechtmäßigen Vorſatze, wie in der Unvorſätzlichkeit, zugleich ſich ſcheidend von dem animus oder der Abſicht, wie von der mala fides, während die culpa, ſynonym mit der vertretbaren negligentia,[1738]) ihren

---

1732) Modest. 2 Diff. (Coll. X, 2, 2): in fiduciae iudicio — et dolus et culpa deducitur.

1733) Ulp. 28 ad Ed. (D. XIII, 6, 5. § 2), 29 ad Sab. (D. L, 17, 23) vgl. 31 ad Sab. (D. XXIV, 3, 7. § 12); Paul. 7. 8 Resp. (D. XXIV, 3, 49. pr. XXIII, 3, 72. § 1. vgl. fr. Vat. 101), 36 ad Ed. (D. XXIV, 3, 25. § 1); Modest. 2 Diff. (Coll. X, 2, 2); vgl. Jul. 5 ex Min. (D. XXIII, 3, 49); Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIV, 3, 18. § 1); Tryph. 11 Disp. (D. XXIII, 5, 16).

1734) In Bezug auf Ankauf von Grundſtücken ſtatuirt Ulp. 35 ad Ed. (D. XXVI, 7, 7. § 2) Haftung für culpa lata, Diocl. im C. Just. V, 51, 7 im Allgemeinen Haftung für culpa levis; vgl. auch Ulp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 23); Modest. 2 Diff. (Coll. X, 2, 3); Alex. im C. Just. V, 51, 4. ſowie A. 1548.

1735) Jul. und Pomp. bei Ulp. 19 ad Ed. (D. X, 2, 16. § 4); Pomp. 13 ad Sab. (D. X, 3, 20); Ulp. 29 ad Sab. (D. L, 17, 23); Paul. 23 ad Ed. (D. X, 2, 25. § 18); Diocl. im C. Just. III, 37, 4.

1736) Emt. vend.: Lab. 2 Pith. (D. XIX, 1, 54. pr.). — Commodat.: Gai. 9 ad Ed. prov. in A. 1273.

1737) Gai. 2 Aur. (D. XVII, 2, 72. J. Just. III, 25, 9); vgl. A. 1386. 1548.

1738) So z. B. Gai. 2 Aur. (D. XVII, 2, 77); vgl. Schilling, Inſt. § 235 g. fg.

Gegenſatz findet in der diligentia. Insbeſondere aber die culpa lata wird in Bezug auf die obliegende Verhaftung des Subjectes von den Sabinianern, obwohl unter Widerſpruch der Proculianer, dem Dolus gleichgeſtellt,[1739]) ſo daß trotz jenes dreifachen Grades[1740]) der Verſchuldung doch nur eine zwiefache Potenz der Verhaftung: für Dolus und culpa lata, ſowie anderweit auch für culpa levis im Civilrechte ſtatuirt wurde.[1741])

Sodann wiederum innerhalb des Kreiſes öconomiſcher oder wirthſchaftlicher Verhältniſſe und Begriffe geben namentlich ebenſo die neugeſchaffenen Bereicherungsklagen auf id quod pervenit, wie quanto locupletior factus est, als auch der neuaufgenommene Maaßſtab für Bemeſſung des Schadens als quanti interest die Veranlaſſung, nicht allein die dadurch zur Relevanz erhobenen öconomiſchen Beziehungen und Begriffe, ſondern auch deren in dem Maaßſtabe des quanti res est gegebene Gegenſätze, wie endlich auch die für jene Schätzungsmodalitäten maaßgebenden allgemeineren Momente theoretiſchen Erörterungen zu unterziehen, ſo vor Allem das Weſen von Bereicherung (§ 81), wie Schaden an ſich, dann des Intereſſes: der utilitas ſammt ſeinen mannichfachen Beziehungen, die Gegenſätze ferner von Werth und Preis des Gutes: von veritas rei und pretium rei, von quanti res est und quanti interest, von directem, wie indirectem Schaden, wie von der Aeſtimabalität überhaupt des Gutes (§ 69—73); dann aber auch die Weſeneigenthümlichkeiten des Geldes,[1742]) wie der

---

1739) Cels. 11 Dig. (D. XVI, 3, 32): quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur; vgl. Nerat. 1 Resp. bei Ulp. 5 Disp. (D. XXXVI, 1, 22. § 3). Die ſabinianiſche Lehrmeinung drang durch, ſo Ulp. 7 Disp. (D. XVII, 1, 29. pr.), 4, 24, 38, 52, 71 ad Ed. (D. II, 13, 8. pr. XI, 6, 1. § 1. XLVII, 4, 1. § 2. XXXVI, 4. 5. § 15. XLIII, 26, 8. § 3) und das Weitere bei Schilling, a. O. § 235 s fg.

1740) So z. B. Diocl. im C. Just. V, 51, 7: dolo vel lata culpa aut levi.

1741) Anders im Criminalrechte; vgl. Schilling, a. O. § 235. t.

1742) So Jav. 10 Epist. (D. XLVI, 1, 42): non, ut aestimatio rerum, quae mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce aestimanda est; dann Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 1. pr.) und die weiteren Erörterungen über den Unterſchied von emtio vend. und permutatio. Dann wieder Paul. 28 ad Ed. (D. XII, 1, 2. § 1); und endlich A. 793 fg.

causa rei oder omnis causa,[1743]) der fructus, wie der accessio,[1744]) der usurae, wie der impensae,[1745]) und der Phänomene der Coursveränderungen (A. 751 fg.).

Und endlich tritt neben jene zwiefache Gruppe von fundamentalen Rechtsbegriffen die theoretiſche Figur der causa der Bereicherung: jener Lehrbegriff, der aus einer ſo tiefen, wie klaren Erkenntniß von den Geſetzen der Verkehrsbewegungen in der Sphäre der bürgerlichen Geſellſchaft hervorgeht und in ſo unübertroffener Weiſe den hier gegebenen Ordnungen eine Anerkennung und Geltung im Gebiete des Rechtes vermittelt (§ 81. 133).

In Folge der neuen Stellung aber, welche ſo jene Begriffe in dem Rechte gewinnen, in Folge der Vertrautheit mit denſelben, welche daraus für Wiſſenſchaft, wie Lebensverkehr ſich ergab, in Folge der Herrſchaft endlich über jenen Stoff, welche die Theorie durch deſſen dogmatiſche Erörterungen errang, traten nun zugleich die jenen Begriffen entſprechenden Kategorieen in die Sphäre der doctrinellen Reflexionen hinein und boten damit zugleich der Wiſſenſchaft die Anknüpfungspunkte für ganz neue Rechtsſätze und Ordnungen. Denn ſo iſt es namentlich das lucrativum in ſeiner dreifach verſchiedenen Bedeutung des Bereichernden, des Unentgeltlichen, wie des bereichernden Unentgeltlichen, welches ebenſo zu einer Reform altüberlieferter Rechtsordnungen, ſo der interdictio re et commercio (Beil. XII § XVIII), wie auch als

---

1743) Der Ausdruck causa rei oder omnis causa iſt nicht alt: § 113; anſtatt deſſelben ſagt noch Lab. Pith. bei Pomp. 16 Ep. (D. L, 16, 246. § 1): omnis res condicioque und 2 Post. (D. XXXII, 1, 30. § 3): tota causa, dagegen Sab. und Cass. bei Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 7): causa. Wiederum dem Jul. und Gai. ſind beide Ausdrücke geläufig; vgl. das Material bei Voigt, Cond. ob caus. 44 fg. ſowie oben A. 753.

1744) Specialerörterung über die Reſtitution der fructus z. B. bei Paul. 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38); dann A. 1583. Der Ausdruck ſelbſt geht von den XII Taf. aus und wird dann im Gegenſatz zur accessio näher präciſirt, was aber vornämlich der vorigen Periode angehört: § 113, wie auch innerhalb der Theorie vom Uſusfruct ſich vollzieht: vgl. Schilling, a. O. § 66 Zuſ. § 192 f. g.

1745) So Pomp. 6 ad Qu. Muc. (D. L, 16, 121): usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est id est nova obligatione; dann wieder Ulp. 15 ad Ed. (D. XXII, 1, 34). — Wegen der impensae ſ. § 123. A. 1583.

Mittelpunkt einer Fülle ganz neuer Rechtssätze verwendet ward.[1746])

Und nicht minder ist es sodann der Begriff des Interesse, der zur Aufstellung der neuen Lehre verwendet wird, daß zur rechtlichen Begründung der Klage, wie zur Rechtswirksamkeit des Rechtsgeschäftes ein Interesse des Berechtigten wesentlich zu erfordern sei.[1747])

1746) A. 1519. Voigt, Cond. ob caus. § 30.

1747) Vgl. § 97 unter d. e. Die Quellen dieser Periode ergeben folgende Sätze: A) ein juristisches Interesse wird erfordert ebenso für die durch Rechtsgeschäft vereinbarte Befugniß: Pomp. 9. 33 ad Sab. (D. II, 14, 61. VIII, 1, 15. pr.), Paul. 15 ad Plaut. (D. VIII, 1, 8. pr.), Diocl. im C. Just. VIII, 39, 3., wie für die zu erhebende Klage: sei es a. in rem: Jav. 8 Ep. (D. XXXVIII, 2, 36: interd. quor. bonor.), sei es a. in personam: Cass. bei Jul. 4 ex Min. (D. XIX, 2, 32), Marcell. 5 Dig. (D. XLV, 1, 95), Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 1, 8. § 6); vgl. Pap. 2. 27 Quaest. (D. XIX, 5, 7. XLV, 1, 118. § 2), Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 17. J. Just. III, 19, 19), Paul. 2 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 44. § 2). B) Eine Ausnahme ergiebt sich für die Stipulation einer Conventionalstrafe, wo es irrelevant ist, ob der Stipulator an der Erfüllung der Leistung, bezüglich deren Nichterfüllung die Strafe promittirt ist, ein Interesse hat: A. 1184. C) Als juristisches Interesse wird anerkannt nicht allein das pecuniäre, sondern auch das Affections-Interesse, allein letzteres nur insoweit, als es ein sympathetisches, nicht aber wenn es ein antipathetisches ist, wie z. B. vindictae ratio: Jav. 8 Ep. cit. Pomp. 34 ad Sab. (D. XLIII, 20, 3. pr.); Pap. 10. 27 Quaest. (D. XVIII, 7, 7. 6. XVII, 1, 54. pr.); Ulp. 31. 68 ad Ed. (D. XVII, 1, 6. § 4. XLIII, 8, 2. § 11. 12); Paul. 67 ad Ed. (D. XLIII, 24, 16. pr. § 1), 16 Quaest. (D. XXI, 1, 71); Herm. 1 Jur. ep. (D. IV, 4, 35); Justin. im Cod. IV, 54, 9. vgl. Schilling, Inst. § 186 h. D) Ein specielleres Fundament gewinnt dieser Satz bei der bon. fid. a. durch das Princip, daß diese Klage die sanguinis ratio mit vertritt: A. 1569. E) Dagegen für die a. furti insbesondere wird das erforderliche juristische Interesse weder durch das Affectionsinteresse, noch auch unbeschränkt durch das pecuniäre Interesse schlechthin begründet: Jav. 15 ex Cass. (D. XLVII, 2, 71. § 1); Pomp. 38 ad Qu. Muc. (D. cit. 76. § 1); Paul. 9 ad Sab. (D. cit. 11). F) Alle jene Rechtssätze haben Geltung auch für die Zeit zwischen Litis Contest. und Urtheil: der Wegfall des Interesse nach der Lit. Cont. zerstört die Klage: A. 1711; Jav. 9 ex Post. Lab. (D. XLVII, 2, 90. pr.); Ulp. 37 ad Ed. (D. cit. 52. § 29). G) Gegenüber den Rechtssätzen, daß die Beeinträchtigung des Affectionsinteresse an und für sich den Thatbestand des Schadens nicht ergiebt (§ 69), daß im Falle der Bemessung des Schadens auch als quanti interest das den Werth des Objectes für den Geschädigten bestimmende Affectionsinteresse nicht mit in Anschlag kommt (A. 817) und daß endlich gewisse Güter an sich inästimabel sind (A. 794 fg.),

Ueberdem wird ſodann dem Principe nemo cum damno alterius locupletior fieri debet in der gegenwärtigen Periode noch eine ganz neue ſyſtematiſche Verwendung zu Theil: es wird daſſelbe, als ein Element der vulgären aequitas, bei der Interpretation der Rechtsſätze, wie Rechtsgeſchäfte nach Maaßgabe der dieſer aequitas hierbei zugewieſenen Function in Anwendung gebracht (S. 145), und ſo nun in der Richtung verwendet, um gegebene Rechtsſätze in einer mit jenem Principe übereinſtimmenden Weiſe ebenſo zu reſtringiren,[1748]) wie auch zu extendiren.[1749])

Im Allgemeinen aber tritt in der Sphäre der damni ratio nicht allein, wie obbemerkt, die von den Proculianern ausgehende Tendenz (§ 143 unter I B b) zu Tage, eine Ausgleichung der überlieferten principiellen Verſchiedenheiten im Rechte in der Richtung der aequitas herbeizuführen, ſondern auch, entſprechend der bereits von der vorigen Periode eingeſchlagenen (§ 123) und gegenwärtig von den Sabinianern vertretenen (§ 143 unter II A) Richtung die Tendenz, bei den Schädenklagen die Haftung des Beklagten im Falle von deſſen Verſchuldung zu ſteigern und ſo nun dem quanto minoris res est das quanti interest zu ſubſtituiren, wie auch bei den Bereicherungsklagen, ſomit bei mangelnder Verſchuldung des Beklagten, deſſen Haftung zu mindern und ſo nun an Stelle des id quod pervenit das quanto locupletior factus est zu ſetzen, Momente, die auch in anderen Beziehungen eine Ausprägung im Rechte erfahrend,[1750]) in § 142 im Näheren

---

iſt es Sache des Klägers, den Schaden, wegen deſſen Erſatz beanſprucht wird, zu ſubſtantiiren und zu quantificiren. — Abweichende Sätze bieten Arndts, Pand. § 202 A. 3 und die daſ. Citirten; Mommſen, Beitr. II, 126 fg.

1748) So bezüglich des S. C. Macedonianum: deſſen exc. fällt weg, dafern das Darlehn zur Beſchaffung unentbehrlicher Bedürfniſſe gedient oder ſonſt welche versio in rem patris ſtatt hatte: Scaev. bei Marc. 4 Reg. (D. XLVI, 3, 47. § 1); Ulp. 29 ad Ed. (D. XIV, 6, 7. § 12, 13), Paul. 2 Sent. (D. cit. 17).

1749) So z. B. Cass. bei Pomp. 19 ad Sab. (D. XLVI, 3, 17) und dazu Sell, Verſ. I no. I § 42 unter 1; dann Tryph. 8 Disp. (D. XX, 5, 12. § 1) und dazu Witte, Bereicherungskl. 330.

1750) Die Tendenz, die Haftung wegen Verſchuldung zu ſteigern, prägt ſich aus theils in den in A. 978. 1674. § 87 unter III. § 143 unter II A 1 dargelegten Momenten, theils darin, daß a. furti, wie vi bon. rapt., welche

darzulegen ſind, und mit denen wiederum Hand in Hand geht die Tendenz, dem Uebermaaße des quanti interest gewiſſe Schranken zu ſetzen (§ 74 unter d. A. 829).

Insbeſondere bei der mora accipiendi greift gleichfalls jene Ausgleichungstendenz ein, hier nun zu einem ganz eigenthümlichen Ergebniſſe gelangend. Von der vorigen Periode nämlich war ein dreifaches Syſtem überliefert worden: theils bei der alten condictio, wo jene Mora ohne Weiteres und ipso iure den Schuldner liberirte (A. 1217); theils bei den lites, wie arbitria, und ſonach bei allen perſönlichen Klagen der XII Tafeln, wo dieſelbe alternativ entweder den Schuldner befugte, an den Gläubiger eine denuntiatio wegen Vornahme der Solution zu erlaſſen und bei deren Erfolgloſigkeit die res debita reſp. zu derelinquiren oder zu deponiren, oder aber anderenfalls ganz effectlos war, indem ſie an der Leiſtungspflicht des Schuldners nichts änderte (§ 97. 102); theils endlich bei den bon. fid. actiones, wo dieſelbe alternativ entweder den Schuldner befugte, ohne Weiteres die res debita reſp. zu derelinquiren oder zu deponiren, oder aber anderenfalls einen ipso iure wirkſamen Rechtsanſpruch des Schuldners begründete, unter Anderem Erſatz des id quod interest vom Gläubiger zu fordern (A. 1372 fg.). Dieſer Mehrfältigkeit von Syſtemen gegenüber tritt nun die obige Ausgleichungstendenz darin zu Tage, daß einestheils die Rechtsordnung der XII Tafeln im Ganzen übertragen wird auf die certi cond. (A. 1687), und anderntheils deren Requiſit einer denunciatio an den Gläubiger in die Ordnung der bon. fid. negotia herübergenommen wird (§ 128), endlich wieder dieſe letztere ſo geſtaltete Rechtsordnung im Ganzen auf das Fideicommiß und das legatum per damn.

---

von Born herein mixtae ſind, in poenales umgewandelt werden: A. 1620. Dagegen die Tendenz, die Haftung des Beklagten beim Fehlen von Verſchuldung abzumindern, manifeſtirt ſich theils in den in § 143 unter II A 2 dargelegten Momenten, theils in der cond. ob caus.: A. 1669, theils bei der her. pet.: Paul. 20 ad Ed. ſ. A. 924; lediglich bei a. de in rem verso tritt die entgegengeſetzte Tendenz zu Tage: § 91, hier daraus ſich erklärend, daß die darin dem Gewalthaber auferlegte Haftung zuerſt eine reine Singularität iſt, ſpäter aber iuris communis wird und jetzt nun bis an die Gränzen des angemeſſen Scheinenden ohne Bedenken ausgedehnt wird.

und sinendi modo übertragen wird, obwohl mit der Modification, daß bei den letzteren beiden der bezügliche Gegenanspruch nicht ipso iure, sondern ope exc. doli mali zur Geltung kommt (A. 1679). Während daher hierin die Tendenz ebenso der Abstoßung des alten Condictionenrechtes, wie der Verallgemeinerung von der Ordnung der bon. fid. negotia sich manifestirt, so behielt man endlich wiederum die erstere Rechtsordnung bei der cond. trit. im Allgemeinen bei (A. 1688), weil hier eine Deposition der res debita nicht durchführbar war, und andererseits deren Dereliction hier innerhalb des rigor um so weniger erfordert wurde, als solche dem Schuldner nur nachtheilig war, ohne dem Gläubiger, gleich der Deposition, zu nützen, für einen Entschädigungs-Anspruch dagegen jene Klage überhaupt keinen Raum bot.

Was endlich die arbitrii ratio betrifft, so sank die historisch überlieferte Verschiedenheit in der Ordnung des richterlichen Officium, in welcher von Alters her der Gegensatz der gebundenen und der arbiträren richterlichen Cognition sich ausprägte, dadurch zur Bedeutungslosigkeit herab, daß das eine Glied jener historisch gegensätzlichen Ordnung: das rein präjudiciale Richterurtheil verkümmerte und nur noch in rudimentärer Gestalt in Bestand sich behauptete: in der leg. a. sacr. und dem agere per sponsionem der dinglichen Klage, auch so noch beeinträchtigt durch die Concurrenz der form. pet. Indem so daher der Gegensatz selbst des meritorischen und des präjudicialen Urtheiles in keiner Weise mehr eine hervorragendere juristische Stellung einnahm, so wurde nun derselbe von der Anschauung dieser Periode auch nicht mehr als Ausprägung und Stützpunkt des principiellen Gegensatzes der arbiträren und der gebundenen richterlichen Cognition anerkannt und gewürdigt, vielmehr solche Ausprägung des Gegensatzes von aequitas und rigor in anderen, bedeutungsvolleren und wichtigeren Verschiedenheiten gefunden: in der bon. fid. und der arbitraria a. einerseits und in der stricti iur. a. andererseits, als den Klagen, wo hier die richterliche Cognition eine gebundene war im Gegensatze zu den ersteren, wo theils auf Grund der bon. fid. formula, theils in der durch die Restitutionsclausel dem Richter übertragenen pronuntiatio de restituendo demselben eine arbiträre Cognition zustand. Und in dieser Beziehung und sachlichen Be-

deutung tritt denn nun der Gegenſatz von rigor und aequitas innerhalb der arbitrii ratio in der Anſchauung der gegenwärtigen Periode hervor (§ 125).

§ 142.

Fortſetzung.

Der Maaßſtab der Bemeſſung von Schaden und Bereicherung.

Die nach § 141 maaßgebenden Tendenzen, die Haftung des Beklagten ebenſo im Falle einer Verſchuldung deſſelben zu ſteigern, wie beim Fehlen ſolcher Verſchuldung zu mindern, manifeſtirt ſich vornämlich in der Modalität der Bemeſſung dort des Schadens und hier der Bereicherung.

Und zwar, was zunächſt dieſen letzteren Moment betrifft, ſo tritt ſolche Thatſache zunächſt darin zu Tage, daß bei gewiſſen auf quanti res erit concipirenden Bereicherungsklagen: bei a. quod met. c. und cond. ex lege repet. wider den dritten Beſitzer die anfängliche Haftung von dem id quod pervenit auf das quanto locupletior factus est abgemindert (A. 927. 928), bei der cond. ob caus. dagegen zwar im Principe die Haftung auf das id quod pervenit beibehalten, dabei aber durch manichfache beſondere Einſchränkungen in Wahrheit doch auf das Maaß des quanto locupletior factus est herabgeſetzt wird (A. 929); und ſodann auch vornämlich darin, daß die taxatio Dumtaxat quod ad Num. Negidium pervenit etc. auf das Maaß der Haftung des quanto locupletior factus est bei einer Mehrheit von Klagen abgemindert wird: bei a. utilis oder in factum wider den Delinquenten nach Ablauf der Verjährungsfriſt, ſowie wider den bereicherten Erben oder Gewalthaber und ſo wohl auch wider die bereicherte juriſtiſche Perſon oder den Mandanten (§ 81 unter IB), während die entgegengeſetzte Interpretation: der taxatio Dumtaxat quanto Num. Negidius locupletior factus als quod ad eum pervenit nirgends ausgeſprochen wird.

Was dagegen die Bemeſſung des Schadenerſatzes betrifft, ſo wird allerdings von den altüberlieferten bezüglichen Modalitäten keine einzige völlig aufgegeben; denn von den in § 74 dargelegten Modalitäten wird zunächſt der abſtracte Maaßſtab in ſeinem abſo-

luten Anſatze einer feſten Geldſumme nicht allein beibehalten, ſondern auch bei manichfachen Pönalklagen zu neuer Verwendung gebracht; ſodann wird jener abſtracte Maaßſtab auch in ſeinen relativen Anſätzen des pretium rei oder des multiplex oder der Quote von ſolchem beibehalten und dies bei den condemnationes ebenſo auf Quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnato, wie auf (quanta pecunia —) Tantam pecuniam condemnato, als auch auf Eius condemnato: theils bei cond. triticaria, theils bei a. redhibitoria, theils bei a. ex stipulatu aus gewiſſen stipulationes praetoriae, theils bei bon. fid. a. auf Verzugszinſen, theils bei actiones furti rei ipsius und de rationibus distrah., theils endlich bei der Mehrzahl der betreffenden honorariſchen Delictsklagen (§ 124 unter I. II. III); und endlich wird auch der concrete Maaßſtab des quanto minoris est, inſoweit ſolcher die erlittene Einbuße am pretium rei vertritt, wenn auch nur ausnahmeweiſe beibehalten bei gewiſſen ſpeciellen Verwendungen der bon. fid. a. (§ 124 unter II e—h). Allein trotz Alle dem treten doch dieſe letzteren beiden Maaßſtäbe in die Stellung des Singulären zurück, indem vielmehr als die reguläre Modalität der Berechnung des Schadenerſatzes nunmehr der concrete Maaßſtab anerkannt und hierbei wiederum als die als Rechnungsfactor regelmäßig maaßgebende Einheit das Intereſſe des Verletzten: die utilitas zu Grunde gelegt, der Schaden ſelbſt ſomit als veritas rei oder quanti interest bemeſſen wird. Und dieſe Tendenz, welche bereits in der vorigen Periode in vereinzelten Spuren hervortrat (§ 124), gelangt gegenwärtig nun in zahlreichſten Kundgebungen zur Ausprägung und zwar in der vierfältigen Richtung, daß theils bei incertae stipulationes die Conception auf quanti interest zur Verwendung kommt (§ 71 unter A II), theils einer größeren Anzahl neu geſchaffener Klagen die condemnatio auf Quanti Auli Ag. interfuerit, tantam pecuniam oder tantae pecuniae duplum — condemnato beigelegt (§ 71 unter B II), theils anders lautenden condemnationes überlieferter Klagen und zwar theils Klagen auf Erfüllung von Contracten oder Quaſicontracten, theils Contracts-, Quaſicontracts- und dinglichen Klagen in Function von Schädenklagen, theils Delicts- und Quaſidelictsklagen die ſachliche Bedeutung des quanti interest untergelegt, theils endlich die Conception gewiſſer stipulationes praetoriae auf quanti res est als quanti interest interpretirt wird.

Was nun im Beſonderen dieſe letzteren drei Momente betrifft, ſo iſt es zunächſt

I. die condemnatio auf Quanti ea res erit oder fuerit, tantam pecuniam oder tantae pecuniae duplum oder bgl. condemnato, welcher bereits von der vorhergehenden Periode die ſachliche Bedeutung des quanti interest beigelegt ward bei der a. damni iniuria dati, wie de dolo (§ 124 unter 1. 2). Und die gleiche Interpretation wird nun von der gegenwärtigen Periode aufgeſtellt bezüglich der folgenden, in § 71 unter B I 3. 4 verzeichneten Klagen:[1751])

a. cond. furtiva und a. rer. amotarum: § 81 unter III, ſowie die cond. trit. aus legatum per damnat. und sinendi mod. im Falle der mora solvendi, wo ſolche Klage eine pönale Steigerung auf das id quod interest erfährt: § 136 a. E.;

b. a. de eo quod certo loco: Jav. 2 Ep. (D. XVI, 2, 15); Afr. 8 Quaest. (D. XIII, 4, 8); Ulp. 27 ad Ed. (D. cit. 2. § 8); vgl. § 119;

c. a. aquae pluviae arcendae: Ulp. 53 ad Ed. (D. XXXIX, 3, 6. § 8); Paul. 49 ad Ed. (D. cit. 11. § 4);

d. a. de pauperie: Gai. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 1, 3);

e. formul. petit. in ihrer Function als Schädenklage: § 80 unter II, ausgenommen gewiſſe ſpecielle Beziehungen, wo ſingulärer Weiſe das quanti res est feſtgehalten wird: § 80 unter B; vgl. A. 1751;

1751) Bezüglich der auf quanti res est concipirten actiones arbitrariae wird der Satz ausgeſprochen von Ulp. 51 ad Ed. (D. VI, 1, 68): si — nec potest restituere nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris quam quanti res est id est quanti adversarii interfuit condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia sive interdicta sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet. Allein bezüglich der actiones in personam leidet jener Satz an fehlerhafter Allgemeinheit: er greift nicht Platz bei a. redhibitoria oder quod. met. c.: § 124 unter I g. m. A. 927; und auch bezüglich der form. petit. greift er nicht Platz, inſoweit dieſelbe als Bereicherungsklage fungirt: § 81 unter I C 2. II C 2. und iſt ſogar nicht ohne Ausnahme, inſoweit dieſelbe als Schädenklage fungirt: § 80 unter B. Im Uebrigen wegen des Falles der Leiſtung des iusiur. in litem. vgl. A. 837.

f. a. ad exhibendum: Commod. bei Callistr. 1 Quaest. (D. XII, 3, 10); Nerat. bei Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 9. § 8); Paul. 26 ad Ed. (D. cit. 10); J. Just. IV, 17, 3;

g. a. adversus falsum tutorem: Ulp. 12 ad Ed. (D. XXVII, 6, 7. § 2. fr. 10);

h. a. adversus eum, qui dolo malo fecerit, quo minus a praetore in possessionem missus admissus non sit: Ulp. 53. 72 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 15. § 36. XLIII, 4, 1. § 5)

i. a. adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in ius vocatur: A. 766;

k. a. adversus magistratum municipalem, qui damni infecti nomine neque caveri, neque in possessione esse curaverit: Ulp. 1 ad. Ed. (D. XXXIX, 2, 4. § 7);

l. a. arbitraria bei den interd. restitutoria und exhibitoria:[1752]) Ulp. 51 ad Ed. (A. 1751); ſo insbeſondere bei interd.

aa. unde vi: Vivian. bei Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 1. § 41);

bb. quod vi aut clam: Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 24, 15. § 7. 9. 12);

cc. de precario: Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 26, 8. § 4);

m. iudicium secutorium bei den Interdicten (A. 1752), ſo insbeſondere bei interd.

aa. uti possidetis: Ulp. 69 ad Ed. (D. XLIII, 17, 3. § 11); vgl. § 124 unter Ic;

bb. unde vi: Pomp. bei Paul. 17 ad Ed. (D. XLIII, 16, 6) Paul. 13 ad Sab. (D. cit. 15); vgl. Ulp. 69 ad Ed. (D. cit. 1. § 35); § 124 unter Id;

cc. de itinere: Ulp. 70 ad Ed. (D. XLIII, 19, 3. § 3);

dd. de tabulis exhibendis: Ulp. 68 ad Ed. (D. XLIII, 5, 3. § 11);

ee. de via publica reficienda: Ulp. 68 ad Ed. (D. XLIII, 11, 1. § 3);

ff. quod vi aut clam: Paul. 13 ad Sab. (D. XLIII, 16, 15); Venul. 2 Int. (D. XLIII, 24, 22. § 2);

gg. ne quid in loco publico: Ulp. 68 ad Ed. (D. XLIII, 8, 2. § 44);

1752) Vgl. Savigny, Syſt. V, 443 fg. Schmidt, Interdict. Verf. 254 fg.

hh. quod legatorum: Paul. 68 ad Ed. (D. XLIII, 3, 2. § 2);

ii. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est: Ulp. 72 ad Ed. (D. XLIII, 4, 1. § 5);

n. a. de servo corrupto: Paul. 19 ad Ed. (D. XI, 3, 6); vgl. § 124 unter I b;

o. a. de effusis et deiectis wegen damnum datum: Gai. 6 ad Ed. prov. (D. IX, 3, 7).

II. Ebenſo wird der condemnatio der a. quanto minoris auf Quanto minoris ea res, quum veniret, fuerit, tantam pecuniam condemnato das quanti interest als Maaßſtab untergelegt von Proc. bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XXI, 2, 16. § 2); Ulp. 80 ad Ed. (D. XXI, 1, 61); Paul. 2 ad Ed. aed. (D. cit. 44. § 2);[1753])

III. Sodann der condemnatio Eius — condemnato war nach 124 unter 3. 4 bereits von der vorigen Periode bei allen den drei Klaggruppen, denen dieſelbe angehört, in vereinzelten Beziehungen der Maaßſtab des quanti interest untergelegt worden: bei incerti condictio und a. ex stipulatu ward der normale Maaßſtab des quanti res est zu Gunſten des quanti interest inſoweit aufgegeben, als dieſelben aus einer Obligation auf facere hervorgehen, während bei bon. fid. a. als Schädenklage wegen doloſer reticentia und doloſer Vereitelung der Präſtation der res locata das quanti interest an Stelle des normalen quanto minoris est tritt. Von der gegenwärtigen Periode nun wird der Maaßſtab des quanti interest untergelegt der

a. incerti cond. ſchlechthin:[1754]) Proc. bei Pomp. 15 ad Qu. Muc. in § 124 unter 4; Cels. 5. 6 Dig. (D. XLII, 1, 11. 13. pr.); Afr. 5 Quaest. in § 136 a. E.; Scaev. 13 Quaest. (D. XLV, 1, 133); Pap. 27 Quaest. (D. V, 1, 43); Paul. 2 ad Ed. (D. XLV, 1, 68); J. Just. III, 15, 7;

1753) Dagegen gehört nicht hierher Gai. 1 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 28). quanti emtoris interest, worüber vgl. § 124 unter I, und wo das Mißverſtändniß des diesfallſigen Sprachgebrauches Schilling, Juſt. § 299 nn zu der irrigen Annahme einer eigenen bezüglichen a. in factum veranlaßt hat.

1754) So auch Mommſen, Beitr. II, 84 fg. Die Zeugniſſe handeln entweder von der Obligation auf facere oder von dem Damnationslegate: (Afric. 5 Quaest.) fehlen aber für die Stipulation auf dare incertum und ſind ſomit doch nicht erſchöpfend.

b. a. ex stipulatu ſchlechthin, bei der jedoch zuerſt der Maaßſtab des quanto minoris est[1755]) und erſt ſpäter das quanti interest zu Grunde gelegt ward und ſo insbeſondere bei Klage aus

aa. stipulatio conventionalis mit doli clausula: Proc. 2 Ep. in § 124 unter 4; Scaev. 5 Resp. (D. XLV, 1, 135. § 2. 3);

bb. stipulatio simplae vel duplae: Paul. 2 ad Ed. aed. (D. XXI, 1, 44. § 2);

cc. stipulatio iudicatum solvi: Cels. 4 Dig. (D. V, 3, 45) ſ. A. 954;

dd. cautio damni infecti: Ulp. 42 ad Ed (D. XXXIX, 2, 37); Paul. 1 ad. Ed. (D. cit. 5. § 2);

ee. cautio rem ratam haberi: Scaev. 13 Quaest. (D. XLVI, 8, 4); Pomp. 26 ad Sab. (D. cit. 18); Paul. 76 ad Ed. (D. cit. 13. pr.), 13 ad Sab. (D. cit. 19);

ff. cautio iudicio sisti bei in ius vocatio: Ner. 2 Membr. (D. II, 11, 14); Cels. bei Ulp. 47 ad Sab. (D. II, 5, 3) und 77 ad Ed. (D. XLV, 1, 81. pr.); Ulp. 77 ad Ed. cit. (D. cit. § 1); Paul. 11 ad Sab. (D. II, 11, 12. § 1. ſ. A. 1711);

immerhin bleiben jedoch die in § 124 unter I p und II a—d aufgezählten Ausnahmen in Beſtand, in denen die Klage ihre Richtung auf quanti res est behauptete;

c. bon. fid. a. in Function ſowohl einer Erfüllungs-, wie einer Schädenklage (§ 80 unter I), obwohl letzterenfalles mit gewiſſen, in § 124 unter II e—h dargelegten Ausnahmen, wo ſolche Klage ſingulärer Weiſe auf quanto minoris est ſich richtet, während als Bereicherungsklage dieſelbe die Richtung auf id quod pervenit gewinnt (§ 81 unter II D).

IV. Dahingegen den auf Quanta pecunia — —, tantam pecuniam oder tantae pecuniae duplum oder dergl. — condemnato ſich concipirenden Klagen wird nur ausnahmeweiſe die Richtung auf quanti interest beigelegt, nämlich

---

1755) Dies ergiebt Proc. bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XXI, 2, 16. § 2): statim mea interest quanto ob id deterior est (vgl. § 124 unter I) d. h. die zur Klage erforderliche Verletzung des Intereſſe (A. 1747) liegt in der Deteriorirung des Rechtsobjectes und begründet nun die entſprechende a. ex stipulatu. — Keine Ausnahmeſtellung gewinnt die obige Klage, dafern die betreffende Stipulation auf eine Conventionalſtrafe ſich concipirt: § 115.

a. den actiones furti possessionis und usus: Jav. 4 Ep. (D. XLVII, 2, 74); Pap. 12 Quaest. (D. cit. 80. § 1); Ulp. 42 ad Sab. (D. cit. 46 § 1);

b. der a. furti nudae proprietatis: Ulp. 42 ad Sab. (D. XLVII, 2, 46. § 1);

c. nach der Lehrmeinung gewiſſer Juriſten der a. furti rei ipsius ſchlechthin: Cels. 12 Dig. (D. XLVII, 2, 67. § 1); Pap. 12 Quaest. (D. cit. 80. § 1); Paul. 9 ad Sab. (D. cit. 32. pr.)[1756])

V. Endlich wird auch wiederum das quanti res est der Stipulationen (§ 71 unter A I) als id quod interest interpretirt, wie bekundet wird bezüglich der

stipulationes praetoriae im Allgemeinen von Venul. 8 Act. (D. XLVI, 5, 11): in eiusmodi stipulationibus, quae quanti res est promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est quanti cuiusque intersit;

cautio ratam rem haberi insbeſondere: Pap. 11 Resp. (D. XLVI, 8, 2); Venul 15 Stip. (D. cit. 8. § 2);

stipulatio duplae vel simplae: Ulp. 42 ad Sab. (D. XXI, 2, 31).

§ 143.

Fortſetzung.

Die Stellung der Schulen gegenüber dem Principe.

Während ein principieller Gegenſatz oder auch nur eine Verſchiedenheit der Lehrmeinungen zwiſchen den Proculianern und Sabinianern weder in Bezug auf die Principien an ſich von aequitas und rigor, noch auch rückſichtlich der entſprechenden allgemeinen Richtung der hiſtoriſchen Rechtsentwickelung zu Tage tritt; während ſodann bezüglich der einzelnen Phaſen und Momente, in denen ſolche Entwickelung ſich vollzieht, ebenſo wenig in der Sphäre der voluntatis, als der arbitrii und sanguinis ratio der Gegenſatz der Schulen irgend welche principielle oder auch nur hervorragendere Bedeutung erlangt; ſo waltet hierin das ent-

1756) Vgl. § 124 unter III a, Savigny, Syſt. V, 447 fg. Puchta, Pand. 224 c.

gegengesetzte Verhältniß ob innerhalb der damni ratio, wo nun von den Schulen allerdings ganz verschiedene Tendenzen hinsichtlich der Fortbildung des Rechtes in der Richtung der aequitas vertreten werden und der entsprechende Gegensatz der Lehrmeinungen in zahlreichen Punkten eine scharf prononcirte Ausprägung gewinnt.[1756a]) Unternehmen wir es nun, solchen Dissens der Schulen zu constatiren, so tritt zunächst

I. auf Seiten der Proculianer die Tendenz zu Tage, die von dem Zeitgeiste erforderten und als nothwendig anerkannten Reformen des Rechtes in der Sphäre des Civilrechtes zu vermitteln, dagegen bezüglich des Proceßrechtes an den überlieferten Ordnungen und leitenden Gesichtspunkten festzuhalten. Im Besonderen aber manifestirt sich

A. einerseits jenes Festhalten an den überlieferten Gesetzen des Processes darin, daß

a. bezüglich der formula petit., wie der a. arbitraria im Allgemeinen an der alten, in der leg. a. sacr., wie dem agere per spons. gegebenen Ordnung festgehalten wird, wonach der Proceßbesitzer das periculum des Proceßobjectes zu tragen hat (§ 139 unter A 2), während die Sabinianer dasselbe dem Kläger zuweisen (unter II A 2 a), und wiederum der zwischen Lit. Cont. und Urtheil eingetretenen Ergänzung von thatbeständlichen Defecten im Klaggrunde zu Gunsten des Klägers ein sanirender Effect beigemessen wird (§ 139 unter A 3), ein Satz, der wenigstens bei dem in rem agere per sponsionem von allem Anfange an aus der Conception der formula sponsionis selbst (A. 1312) ohne Weiteres sich ergab und somit von hier aus entlehnt und beibehalten ward;

b. sodann bei bon. fid. a. wird zwar die Erfüllung des Klaganspruches zwischen Lit. Cont. und Urtheil nachgelassen, wie auch der in diesem Zeitraume eingetretenen Ergänzung von thatbeständlichen Defecten im Klaggrunde ein sanirender Effect beigemessen, im Uebrigen aber an der überlieferten novatorischen Wirkung der Lit. Cont. darin festgehalten, daß im Gegensatze zu den Sabinia-

---

1756a) Durchaus zutreffend bemerkt Kuntze, Inst. II, 270: „weil man die innere Bedeutung der beiden Schulen nicht zu begründen vermochte, hat man sie geleugnet." Lebhaft beklage ich, daß das von Dems. 279 A. ** angekündigte Werk noch nicht erschienen ist.

nern (unter II A 2 a) der zwiſchen ſolcher und dem Urtheile eingetretenen caſuellen Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution der liberatoriſche Effect für den Beklagten abgeſprochen wird (§ 139 unter B 1—3);

c. bezüglich der datio in solutum wird nach Gai. III, 168 an deren Wirkſamkeit ope exc. doli mali feſtgehalten (A. 1614[a]), im Widerſpruche mit den Sabinianern (unter II B 1 b);

d. endlich bei der condictio wird an dem überlieferten novatoriſchen Effecte der Lit. Cont. im Gegenſatze zu den Sabinianern (unter II B 1a) ſtrengſtens feſtgehalten (§ 139 unter C).

B. Dagegen tritt das Beſtreben, auf dem Gebiete des Civilrechtes die Reformen zu vermitteln, zu Tage:

a. in der Vermehrung der Aequitätsklagen, und zwar

aa. in der Extenſion der a. aestimatoria auf andere ſynallagmatiſche, nicht mit ſpeciellen Contractsklagen geſchützte negotia (§ 126), im Gegenſatze zu den Sabinianern (unter II A 2 e);

bb. in der Zulaſſung der a. de peculio ex ante gesto (A. 1633), ebenfalls im Widerſpruche mit den Sabinianern (unter II A 2 d);

b. ſodann in der Ausgleichung gegebener Rechtsverſchiedenheiten zwiſchen stricti iur. und bon. fid. actiones, und zwar

aa. in der Uebertragung gewiſſer Folgewirkungen der mora solvendi bei bon. fid. negotium auf die der cond. tritic. unterfallenden negotia: des Ueberganges vom periculum, wie der Haftung für jedwede culpa auf den Schuldner, der Anerkennung ſodann des Eintrittes der mora und des Solutionsortes als des neben Zeit und Ort der Lit. Cont. für die Aeſtimation maaßgebenden Zeitpunktes und Ortes, wie endlich auch der purgatio morae accipiendi (§ 137), allenthalben im Gegenſatze zu den Sabinianern (unter II B 2 a); ingleichen

bb. darin, daß auf Fideicommiß, wie legatum per damn. und sinendi modo ebenſo im Gegenſatze zu den Sabinianern (unter II B 2 b) die Rechtsordnung der bon. fid. negotia bezüglich der Verhaftung des Schuldners bei Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte (A. 1678), wie auch die Rechtsſätze der bon. fid. a. bezüglich der im Falle der mora solvendi eintretenden Verpflichtungen zur Präſtation von

Verzugszinſen, wie von omnis causa und ſonſtigen Schäden übertragen werden (§ 136 a. E.).

Lediglich eine Conſequenz dieſer letzteren Tendenz aber iſt es, daß die Proculianer an der altüberlieferten Bemeſſung der Verſchuldung: an der Gleichſtellung der culpa lata mit der culpa levis im Gegenſatze zu den Sabinianern (unter II A 1 a) feſthalten (A. 1739).

Und dieſe Momente unter B nun ſind es, auf welche der Ausſpruch von Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. § 47) ſich ſtützt:

Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit.

II. Andrerſeits wiederum auf Seiten der Sabinianer gelangen durchaus verſchiedene Tendenzen zur Geltung und zwar

A. bezüglich der Aequitätsklagen insbeſondere

1. die Tendenz, die Haftung des Debitor bei Vorhandenſein einer Verſchuldung deſſelben zu ſteigern. Und zwar beruht hierauf

a. die Gleichſtellung der culpa lata mit dem dolus (A. 1739), im Gegenſatze zu den Proculianern (unter I B b); ſowie

b. der Rechtsſatz, daß bei Verſchuldung eines Intereſſenten in Bezug auf eine obliegende Leiſtung und bei ſpäterem caſuellen Untergange des Objectes derſelben, der Umſtand, daß ſolcher Untergang das Object bei dem anderen Mitintereſſenten nicht betroffen haben würde, dem Erſteren die Haftung für ſolchen casus auferlegt,[1757]) ſo daß namentlich die Gelegenheit zur Veräußerung des betroffenen Objectes mit der Bedeutung des Nichtbetroffen-Werdens vom casus bekleidet wird. Denn wenn allerdings dieſer Rechtsſatz in den Quellen nicht direct auf die Sabinianer zurückgeführt wird, ſo ergiebt er ſich doch als denſelben angehörig dadurch, daß er die logiſche Contrapoſition des unter 2 b darzulegenden Satzes enthält[1758])

1557) Dagegen die Proculianer meſſen Relevanz dem Umſtande bei, von welchem Contrahenten die Initiative zu dem Geſchäfte ausgegangen iſt: Lab. und Nerv. in § 89 unter 2 c.

1758) Jener Satz ſelbſt wird vertreten: in Bezug auf die frustratio restituendi bei Vindication von Ulp. 16 ad Ed.: § 84 unter D I 1 und bei a. ad exhibendum von Paul 26 ad Ed.: A. 1585; als Motiv der Rechtsordnung bei der her. pet. in § 83 unter C 2 a von Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 20. § 2) und in § 84 unter D I 2 von Paul. 20 ad Ed. (D. V, 3, 40. pr.);

2. Die Tendenz, die Haftung des Schuldners beim Fehlen einer Verſchuldung deſſelben zu mindern, worauf wiederum beruht

a. der Rechtsſatz, daß der zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil eingetretenen caſuellen Vereitelung oder Beeinträchtigung der klagbar gemachten Leiſtung zu Gunſten des Beklagten ein liberatoriſcher Effect zukomme und zwar ebenſo bei form. pet. und a. arbitr. überhaupt, als auch bei bon. fid. a. (§ 139 unter A 2. B 2), Alles dies im Widerſpruche mit den Proculianern (unter I A a. b);

b. der Rechtsſatz, daß die dem Schuldner in Folge der mora solvendi obliegende Haftung für das periculum rei inſoweit nicht Platz greift, als der eingetretene Untergang der geſchuldeten res non fungibilis außerhalb aller cauſalen Beziehung zu jener Verſchuldung ſteht, inſofern der casus das Object auch im Beſitze des Berechtigten betroffen haben würde, ein Satz der in Anwendung gebracht wird bezüglich der bon. fid. a. von Sab. und Cass. bei Gai. 9 ad Ed. prov. (D. XVI, 3, 14. § 1)[1759], ſowie ſpäter dann bezüglich der a. arbitr. von Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 2, 14. § 11) und Paul. 26 ad Ed. (D. X, 4, 12. § 4);

c. der Rechtsſatz, daß bei Verkauf von res fungibilis die Perfection des Vertrages bis auf den Moment der Tradition ſich hinausſchiebe (A. 1074);

d. die Negation der Statthaftigkeit der a. de peculio ex ante gesto (A. 1633), im Gegenſatze zu den Proculianern (unter I B a bb);

e. der Widerſpruch gegen die von den Proculianern poſtulirte Extenſion der a. aestimatoria (unter I B a aa), ſtatt deren die Haftung des Beklagten vielmehr auf das Maaß der cond. ob caus. beſchränkt wird, der ſelbſt nun dementſprechend ebenſo eine aus-

---

in Bezug auf die mora accipiendi von Marcell. 20 Dig. (D. XLVI, 3, 72. pr.); in Bezug auf die Vereitelung der Solution beim Innominatcontracte von Ulp. 26 ad Ed.: A. 1672.

1759) Vgl. Dirkſen, Beitr. 114. Madai, Mora, 298 fg. Mommſen, Beitr. I, 268 fg. III, 183 fg. Der Satz galt nach Maaßgabe von § 136 a. E. auch bei Fideicommiß und legat. per damn. und sine modo, worauf auch Ulp. 22 ad Sab. (D. XXX, 1, 47. § 6) hinweiſt. Dagegen die Nichtgeltung deſſelben bei Paul. 36 ad Ed. (D. XXIV, 3, 25. § 2) erklärt ſich am Angemeſſenſten daraus, daß hier nicht von a. rei uxor., ſondern von a. ex stipulatu aus cautio rei uxor. die Rede iſt.

gedehntere Verwendung beigemeſſen (§ 126), als auch eine neue Unterart in der cond. sine causa eingefügt wird (A. 1616).

B. Dagegen bezüglich der stricti iur. actiones verfolgen dieſelben die Tendenz, die nothwendig gewordenen Reformen innerhalb des Prozeßrechtes zu bewerkſtelligen, im Civilrechte dagegen an den altüberlieferten Ordnungen feſtzuhalten. Denn ſo prägt ſolche Tendenz ſich aus

1. bezüglich des Prozeßrechtes

a. in einer tiefgreifenden Umwandelung der Stellung und Function der Lit. Cont.: in einer weitgehenden Beſchränkung des novatoriſchen Effectes derſelben, welche, im Gegenſatz zu der proculianiſchen Lehrmeinung (unter I A d), durch Herübernahme gewiſſer bei der bon. fid. a. gültiger Ordnungen vermittelt ward. Und zwar wurden demgemäß nach § 139 unter C ebenſo auf die stricti. iur. a. die bei der bon. fid. a. ſtatuirte Zulaſſung der Solution zwiſchen Lit. Cont. und Urtheil übertragen, als auch mit der Lit. Cont. die ſämmtlichen Folgewirkungen der mora solvendi bei bon. fid. negotia verknüpft, inſoweit ſolche überhaupt zu ſolcher Uebertragung an und für ſich geeigneter waren, ſonach mit Ausnahme der Haftung des Debitor für Schadenerſatz und unter Beibehaltung der Lit. Cont. anſtatt des Judicates als der für den Zeitpunkt und Ort der Aeſtimation beſtimmenden Momente, dagegen mit Einſchluß des Ueberganges des periculum, wie der Haftung für jedwede culpa auf den Debitor, der Anerkennung ſodann des Eintrittes der mora solvendi oder der Vereitelung der Solution nebſt dem Solutionsorte als der neben Zeit und Ort der Lit. Cont. für die Aeſtimation maaßgebenden zeitlichen, wie örtlichen Momente, der Verbindlichkeit endlich des Debitor zur Reſtitution von omnis causa oder ſonſtigem Gewinne, wie zur Zahlung von usurae legales an den Kläger;

b. darin, daß der datio in solutum nach Gai. III, 168 allgemein und ſo auch bei strict. iur. negotia Wirkſamkeit ipso iure beigemeſſen wird, im Widerſpruche mit den Proculianern (unter I A c).

2. Dagegen innerhalb des Civilrechtes tritt das Feſthalten an den altüberlieferten Ordnungen zu Tage

a. in der Abweiſung der Relevanz der mora solvendi an ſich

bei den stricti iur. negotia (§ 137), im Gegensatze zu der proculianischen Theorie (unter I B b aa); sowie

b. in der Uebertragung der alten Rechtsordnung des Condictionenrechtes auf legatum per damnat. und sinendi modo, wie auf Fideicommiß, wonach, im Gegensatze zur proculianischen Lehrmeinung (unter I B b bb), bei eingetretener Vereitelung der Solution der Debitor zwar dann, wenn ihn eine culpa in faciendo trifft, verhaftet bleibt, anderenfalls aber liberirt wird (A. 1654).

Und Momente, wie die unter 2 sind es, auf welche der Ausspruch Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. §47) sich stützt:

Ateius Capito in his quae ei tradita fuerant, perseverabat.

§ 144.

Fortsetzung.

Die Stellung der Principien in der Rechtspflege.

Die dem römischen Richter zufallenden Aufgaben, theils die für den Rechtsstreit maaßgebenden Rechtssätze an sich zu bestimmen und zu interpretiren, theils über die Wirklichkeit der von den Parteien behaupteten thatbeständlichen Verhältnisse zu erkennen, theils über die logische Subsumtion dieser Thatbestände unter jene Rechtssätze sich schlüssig zu machen, theils endlich eine Abschätzung des Streitobjectes vorzunehmen, war in jeder Beziehung in ältester Zeit dem Richter auf das Aeußerste erleichtert. Denn, was den ersten Punkt betrifft, so boten ebenso die XII Tafeln einen übersichtlichen und gemeinverständlichen Codex des geschriebenen Rechtes, wie auch das Gewohnheitsrecht und die bürgerliche Sitte, insoweit solche als Normen für den Streitfall mit eingriffen, Gemeingut des gesammten Volkes waren und eine unbestrittene, wie allgemeine Geltung behaupteten (§ 39 fg. 101 fg.). Sodann der Cognition über den klagbegründenden Thatbestand ward innerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehres durch die verbi ratio in hohem Maaße Einfachheit und Klarheit gesichert (§ 44), für die Beurtheilung von Schaden, wie Schadenersatz aber der höchst mögliche Grad objectiver Gewißheit hinsichtlich aller einschlagenden Fragen dem Richter gewährt (§ 105). Die richterliche Subsumtion solchen Thatbestandes unter den maaßgebenden Rechtssatz aber ward

äußerſt vereinfacht durch die Methode der XII Tafeln, ihre Satzungen nur in Worte zu kleiden, welche Träger von abſolut beſtimmten Begriffen waren (§ 66). Und endlich die aestimatio bot keinerlei Schwierigkeit, da, inſoweit nicht eine von dem Geſetze in Cardinalzahl ausgeworfene Erſatzſumme auszuſprechen war, der Maaßſtab des Schadenerſatzes nicht in der utilitas des Klägers, als vielmehr in dem pretium rei gegeben, ſomit aber ebenſowohl notoriſch, wie mit größter Sicherheit in Anwendung zu bringen war (§ 104). So daher war das älteſte Recht in Wirklichkeit ſo angelegt, daß es ohne erheblichere Schwierigkeit von dem gebildeteren Manne aus dem Volke als Geſchworenem: als iudex, arbiter oder reruperator gehandhabt werden konnte, namentlich da die Kenntniß des Rechtes inſoweit Gemeingut aller Gebildeten war (A. 1248), um auch ohne beſondere Fachbildung zur Erfüllung des richterlichen Officium zu befähigen.

Alle jene Verhältniſſe erfuhren jedoch von der zweiten Hälfte der erſten Periode ab ſehr tiefgreifende Umgeſtaltungen, welche theils der Geſchichte des ius gentium, wie der voluntatis ratio anheimfallen: in dem Ueberhandnehmen unſolenner Rechtsgeſchäfte, wie in der Anerkennung der Willensbeſtimmung als des rechtsverbindlichen Elementes des Rechtsactes (§ 46), theils aber auch der damni ratio angehören. Und zwar iſt es in der letzteren Beziehung zunächſt jene jüngere, die Principien der aequitas vertretende Rechtsmaſſe und ſo namentlich das Recht der bonae fidei negotia, welches, aus ganz verſchiedener Quelle ſeinen Stoff entlehnend (§ 110 fg.) und ſo der objectiven Gewißheit und Beſtimmtheit des alten Geſetzes-, wie Gewohnheitsrechtes entbehrend, von Vorn herein dem Richter nicht mehr die frühere Sicherheit bezüglich der anzuwendenden Rechtsnorm darbot. Und dieſer Uebelſtand ſteigerte ſich nun im Laufe der Zeit nicht allein durch die extenſive Vergrößerung, wie durch die doctrinelle Detaillirung der betreffenden Rechtsmaſſe, durch deren Fundirung ferner auf theoretiſche Geſichtspunkte und ſyſtematiſche Verhältniſſe, die ſchwieriger zu faſſen und geiſtig zu beherrſchen waren und ſo auch weit höhere Anforderungen an Denkkraft, wie Urtheil ſtellten, ſondern auch durch die dogmatiſche Zurückleitung derſelben auf allgemeine ſpeculative Principſätze (§ 140). Denn einerſeits erfordert das Operiren mit derartigen Sätzen Seitens des Richters eine

durchaus klare und ſichere Reflexion und die ſtrengſte Folgemäßigkeit, wie ſolche nur durch die correcteſte Handhabung der Geſetze der Logik geſichert werden kann, und anderntheils ſind es gerade die aus jenen allgemeinen Principien und Tendenzen von der Theorie hergeleiteten Rechtsſätze, welche innerhalb der Theorie ſelbſt auf Widerſpruch und abweichende Lehrmeinung ſtießen (§ 143) und ſo nun eine große Maſſe von ius dubium ergaben, das in ſcharfem Contraſte von dem alten ius certum ſich abhob[1760]). Dann wiederum enthielten dieſe jüngeren Rechtsſätze eine Fülle von nur relativ beſtimmten Begriffen, deren Handhabung Seitens des Richters viel unſicherer, wie ſchwieriger war[1761]). Und endlich trat nun auch an die Stelle des alten Maaßſtabes vom pretium rei in den manichfachſten Beziehungen die utilitas ein und in deren Gefolge die großen Schwierigkeiten, welche ebenſo die Handhabung dieſes Maaßſtabes an ſich, wie die Cognition über den dadurch bedingten Schädenbeweis darboten[1762]). Dazu kommt

---

1760) Wegen des ius certum vgl. Cic. p. Caec. 4, 10. Pseudo Quint. Decl. 308: ius certum et a maioribus constitutum. So nun zerlegt Quint. J. O. XII, 3, 6. 7. das Recht in 1. ius certum, umfaſſend das ius a. quod scripto constat und b. quod moribus constat, und welches der cognitio, nicht der inventio anheimfällt; und in 2. ius dubium b. i. quod aequitatis regula examinandum est, welches umfaßt quae consultorum responsis explicantur und welches beruht a. in verborum interpretatione mit der Aufgabe vim cuiusque vocis intellegere, ſomit das aequum nach der voluntatis ratio, und b. in recti pravique discrimine d. h. auf der aequitas optimo cuique notissima, ſomit das aequum der damni ratio. Dann controversum ius: Quint. J. O. VII, 6, 1 und vetus, receptum, controversum, ambiguum, novum et constitutum ius: Gell. XII, 13, 3.

1761) Vgl. § 66. Dies heben z. B. hervor Qu. Muc. Scaev. bei Cic. de Off. III, 17, 70: summam vim esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur „Ex fide bona“ fideique bonae nomen manare latissime —: in his magni esse iudicis statuere quid quemque cuique praestare oportere; Cels. d. J. bei Paul. 17 ad Plaut. (D. XLV, 1, 91. § 3): eum, qui moram fecerit in solvendo Sticho, quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo; esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur.

1762) Vgl. § 105. Dies bekunden z. B. Venul. 8 Act. (D. XLVI, 5, 11): in eiusmodi stipulationibus, quae „Quanti res est“ promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est quanti cuiusque interesit (vgl. § 142 unter V); Justin.

dann, daß die Klagformel an ſich vielfach dem Richter einen äußerſt freien Spielraum für ſein Ermeſſen und eine wenig ausreichende Directive für ſein Urtheil darbot, dieſelbe vielmehr die präciſere Beſtimmung ihrer juriſtiſchen Tragweite lediglich in der rechtswiſſenſchaftlichen Theorie fand (vgl. z. B. A. 788. § 81. 142). Und Alles dies nun ſteigerte ſich noch durch die bedenkliche Auffaſſung vom officium arbitri, der wir bereits bei Cic., wie bei Sen. (Beil. XX § II) begegnen, und welche nun geradezu gefährlich ward durch die Theorie der Rhetorik bezüglich der constitutio generalis oder iuridicialis und reſp. definitiva (§ 122). Denn die hier gegebene Aufſtellung des Gegenſatzes zwiſchen ius und aequitas innerhalb des Rechtes wurde in der That äußerſt gefährlich, ſo bald ſie in die Praxis übertragen ward, weil ſie hier als Verſuchung an den Richter herantrat, zu Gunſten eines ihm plauſibel erſcheinenden Poſtulates der aequitas von dem gegebenen Rechte willkührlich abzugehen.

So daher war es unvermeidlich, daß unter jenen gegebenen Verhältniſſen die Rechtspflege litt und dabei Uebelſtände zu Tage traten, welche die Rechtsſicherheit auf das Empfindlichſte beeinträchtigten: auf der einen Seite war es in jeder der obigen vier Richtungen ſelbſt für den gewiſſenhaften Richter vielfach ſchwierig, ſeiner Aufgabe in vollkommener Maaße zu genügen, während auf der anderen Seite die Gefahr eine große war, daß der Richter ſich verleiten laſſe, nach individuellem Billigkeitsgefühle oder ſubjectivem Meinen das Recht zu handhaben und zu beugen und insbeſondere moraliſchen Momenten, wie überhaupt dem Rechte fremdartigen Geſichtspunkten einen beſtimmenden Einfluß auf ſein Urtheil einzuräumen. Und für den Anwalt wiederum bot Alles dies in Verbindung mit den in § 50. 61 entwickelten Momenten Gelegenheit, wie Verſuchung zur verwirrenden Discuſſion und zu Erörterungen ebenſo von berechtigter Feinheit, wie von berech-

---

im Cod. VII, 47, 1; quum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt; dann Paul. 5 ad Sab. (D. L, 17, 24): quatenus cuius intersit in facto, non in iure consistit; Lab. Pith. bei Pomp. 16 Ep. (D. L, 16, 246. § 1): „Restituit“ non tantum, qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem condicionemque reddita causa praestet. Et tota restitutio iuris est interpretatio.

nender Spitzfindigkeit, zu dem Versuche endlich, statt mit juristischer Deduction zu überzeugen, durch emphatische Darstellung auf das Gefühl des Richters von Mitleid oder von Abscheu einzuwirken. Und solches Bild nun entrollen in der That die Systeme der Rhetorik, wie die declamationes dieser Periode. Denn so werden von Quint. J. O. die Sätze aufgestellt: XII, 1, 8: maximam partem orationis in tractatu aequi bonique consistere; 2, 3.: iustus (sc. erit), qui aequi bonique tractatum, qui leges, quaeque natura sunt omnibus datae (i. e. ius naturale) quaeque propriae populis (i. e. ius civile) et gentibus (i. e. ius gentium) constitutae, numquam eruditiore aliquo sermone tractarit? VI, 5, 5: consilium oratoris — in ipsis actionibus primum ac potissimum obtinet locum: nam quid dicendum, quid tacendum, quid differendum sit, exigere, consilii est; negare sit satis an defendere? — iure prius pugnandum an aequo[1763])?

Und daß nun dementsprechend auch die Vorträge der Anwälte gehalten wurden, bekunden ebensowohl

Quint. J. O. VII, 1, 63: plerumque — in fine causarum de aequitate tractabitur, quia nihil libentius iudices audiunt. Aliquando tamen hunc ordinem mutabit utilitas: ut, si in iure minus fiduciae erit, aequitate iudicem praeparamus;

wie auch die declamationes dieser Periode. Denn in der That ergeben die letzteren, wie unter der Bezeichnung aequitas vielfach rein moralische Momente in der Proceßdiscussion zur Geltung gebracht werden, so z. B. bei

Pseudo Quint. Decl. 309: haec circa ius, illa circa aequitatem; 336: summae partes sunt aequitatis;

und dann auch, wenn z. B. Latro den Fall, wo der seiner Frau zur Dankbarkeit verpflichtete Gatte von derselben wegen Unfruchtbarkeit sich schied, denselben nach der constitutio iuridicialis behandelnd, nach Sen. Contr. II, 13, 12 in der Weise disponirte:

1763) Die letztere Stelle kann allerdings auch nach § 61 gehören. — Sehr gut sagt Götz, de cond. doctr. I, 15: magnum — et Romano ingenio dignum, lites civium civis religioni committere: quanta inde salus, quanta pernicies prodire poterat; denn beides resultirte aus der gegebenen Ordnung der Dinge.

deinde ultima aequitatis tractatio: an quod fecit, facere debuerit. Hoc divisit in duo: an iam certam sterilitatem uxoris tam bonae ferre debuerit? an ne sterilis quidem pro certo sit? wozu vgl. § 14. 16;

oder wenn Passienus nach Sen. cit. § 17 den gleichen Fall mit der Bemerkung behandelt:

in aequitatis tractationem cadunt etiam, quae iuris sunt;

oder wenn wiederum Latro den Streitfall über die abdicatio filii, denſelben ebenfalls der constitutio generalis unterſtellend, nach Sen. cit. I, 1, 13 nach der nämlichen doppelten Frage disponirt:

divisit in ius et aequitatem: an abdicari possit, an debeat abdicari (vgl. A. 449).

Dieſen Uebelſtänden, die ſo im Gefolge der Ausbildung des Rechtes in der Richtung der aequitas hervortraten, ſuchte man daher durch manichfache Mittel zu begegnen, die ſelbſt nun zwiefältiger: theils inſtitutioneller, theils doctrineller Beſchaffenheit ſind. Und zwar in erſterer Beziehung gehört dahin zunächſt die Sitte, dem Geſchworenen einen Beirath von Männern mit juriſtiſcher Fachbildung zur Seite zu ſtellen, welche ebenſo demſelben die Urthelsfindung erleichterten, als auch deſſen Entſcheidung gegen Mißdeutung ſicher ſtellten[1764]; und dann auch wieder die vielverbreitete Praxis, dem Richter das eingeholte Reſponſum einer juriſtiſchen Autorität zu unterbreiten (ſo z. B. A. 450), ein Verfahren, welches durch die Einführung der Verleihung des ius respondendi durch Auguſt geſetzlich geregelt, wie ſanctionirt wurde und welches nun, wenn auch lediglich in anorganiſcher Weiſe, der Freiheit der richterlichen Erkenntniſſe gewiſſe Schranken ſetzte zu Gunſten der von den hervorragendſten Trägern der Rechtswiſſenſchaft abgegebenen Gutachten[1765].

Dagegen wiederum die Theorie beſchränkte vor Allem die Ungebundenheit des richterlichen Officium zuvörderſt durch die

1764) Vgl. A. 1452 und Weiteres bei Keller, Civ. Pr. A. 106. Rein, Priv. Rt. 862 A. 3. Das Präjudiz dafür liegt in dem consilium des iudex domesticus: § 42.

1765) Den beſten Einblick in dieſe Verhältniſſe gewähren die ſo äußerſt zahlreichen Reſponſen, welche in den Quellen überliefert ſind und ſo insbeſondere in den libri Respons. Alle jene Reſponſen aber gehen zurück auf Juriſten, welche das ius respondendi beſaßen.

Nichtigkeitserklärung des das Recht unter dem Vorgeben der aequitas beugenden Urtheiles:

Modest. de Enucl. cas. (D. XLIX, 1, 19): si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet; et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest.

Non iure profertur sententia, si specialiter contra leges vel sen. cons. vel constitutionem fuerit prolata, — — unde potest causa ab initio agitari;

sowie durch gewisse Rechtssätze, welche die Freiheit des richterlichen Ermessens beschränkten, so durch den Satz, daß bei a. emti als Evictionsklage das Maximum des quanti interest in dem Duplum des quanti res est gegeben (A. 829), im Allgemeinen aber bei dieser Modalität der Würderung des Schadens das durch das Affectionsinteresse des Geschädigten begründete pecuniäre Interesse nicht mit in Anschlag zu bringen sei (A. 817).

Sodann ertheilte sie dem Richter Fingerzeige, wie das aequum im concreten Falle zu erkennen oder zu bestimmen sei, so z. B.

Ulp. 25 ad Ed. (D. XI, 7, 14. § 6): aequum — accipitur ex dignitate eius, qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide, ut neque plus imputetur sumtus nomine, quam factum est, neque tantum, quantum factum est, si immodice factum est; debet enim haberi ratio facultatum eius, in quem factum est, et ipsius rei, quae ultra modum sine causa consumitur;

oder Cels. 3 Dig. (D. VI, 1, 38): bonus iudex varie ex personis causisque constituet: finge etc.;

oder Venul. 1 Stip. (D. XLV, 1, 137. § 2) u. a. m. (vgl. A. 1493). Und dazu treten endlich Ermahnungen an den Richter und Verweisungen auf seine Amtspflichten, so bei

Paul. 26 ad Ed. (D. L, 16, 37): verbum „Oportere" non ad facultatem iudicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur;

Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 2. § 8. fr. 4);

oder Syr. sent. nach Meyer in Sitzungsber. der phil. hist. Cl. der Münchener Akad. d. Wiss. 1872. S. 548: dissolvitur protinus lex, cum fuerit misericors iudex;

oder Ov. Trist, I, 1, 37: iudicis officium est, ut res, ita tempora rerum quaerere;

ſowie Handbücher für den Richter zur Inſtruction über ſeine Pflichten und Aufgaben unter dem Titel de Officio iudicis, eine Thatſache, worauf J. Just. IV, 17. wozu vgl. Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 5, 2. § 8) hinweiſen.

Dritte Periode.

Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien von Conſtantin d. Gr. bis Juſtinian.

§ 145.

Die hiſtoriſche Stellung im Allgemeinen der Principien.

Die Rechtsentwickelung innerhalb der Sphäre vom Principe der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung ward während der vorhergehenden Periode beeinflußt von der Tendenz, eine Ausgleichung der in dem Rechte überlieferten principiellen, wie hiſtoriſchen Gegenſätze herbeizuführen (§ 125). Dieſe Tendenz ward nun von der Legislation der gegenwärtigen Periode bis zu Juſtinian herab nicht weiter verfolgt und erſt Juſtinian iſt es, der in Uebereinſtimmung mit den in § 62 fg. dargelegten Zielpunkten ſeiner Geſetzgebung auch nach der obigen Richtung hin jene älteren Ausgleichungs-Tendenzen wieder aufnimmt, obwohl dieſelben lediglich in iſolirten Punkten zur Ausführung bringend: theils bezüglich der Aequitätsklagen unter ſich (§ 147), theils in dem Verhältniſſe zwiſchen bon. fid. und stricti iur. a. (§ 146).

Insbeſondere aber der rigor wird in ſeiner Sphäre zwar durch den Gang der Rechtsentwickelung im Allgemeinen manichfach beeinträchtigt, inſofern eine größere Anzahl von Rechtsfiguren ihren Untergang erfuhr, welche bisher als Stützpunkte für die poenae temere litigantium gedient hatten; allein im Uebrigen behauptet ſich derſelbe während des geſammten gegenwärtigen Zeitraumes in Beſtand. Und zwar zunächſt das Syſtem jener poenae bleibt nicht allein in mehrfachen überlieferten Beziehungen in Geltung,

ſondern es werden auch eigene derartige poenae in beträchtlicherer Anzahl von der Legislation dieſer Periode ganz neu eingeführt, wenn auch nicht, wie von früher Regel, in beſonderer Beziehung zu stricti iur. actiones, als vielmehr unabhängig von ſolcher überlieferten Qualification der Klage. Was dagegen den rigor in ſeiner negativen Haltung gegenüber den Sätzen der aequitas betrifft, ſo geht demſelben zunächſt die vindicatio in Form der leg. a. sacram., wie des agere per sponsionem in Folge des Unterganges beider Proceßformen gänzlich verloren, während wiederum die cond. trit. bereits im vorigen Zeitraume viel von den Eigenthümlichkeiten der bon. fid. a. in ſich aufgenommen hatte, ſo daß nur eine geringere Zahl der alten Unterſcheidungsmerkmale noch in Geltung ſich behauptet hatte, dieſe aber nun während der gegenwärtigen Periode im großen Ganzen doch in Beſtand verbleiben: die Unzulänglichkeit nämlich jener Klage, theils als a. de dolo, quod met. c., de reticentia oder als Klage wegen verſchuldeter Vereitelung der Solution an dem legalen Leiſtungsorte, nicht minder als cond. ob caus., wie als Klage auf Herausgabe des von dem Debitor gemachten Zwiſchengewinnes oder auf Reſtitution der von demſelben auf die res principalis aufgewendeten impensae necessariae zu dienen, theils, abgeſehen von dem Compenſationsanſpruche, wo Juſtinian reformirend eingriff, die Defenſionalmomente zur Geltendmachung ipso iure in ſich aufzunehmen, indem vielmehr hierfür die exc. doli eintritt, auch dieſe jedoch mit Ausſchluß der Verfolgung des Anſpruches wegen impensae necessariae. Dahinwiederum die certi condictio behauptet auch in dem gegenwärtigen Zeitraume trotz des Wegfalles der poena sponsionis ihre alte Weſeneigenthümlichkeit: ihre Unfähigkeit als Schäden- oder als Bereicherungs-Klage, wie als Organ der zweiſeitigen Wahrung collidirender Parteiintereſſen zu dienen, indem nur in letzter Beziehung die bereits von der vorigen Periode zugelaſſene Modificationen Platz greifen, daß die Geltendmachung nicht connexer Gegenanſprüche, wie des Verbotes des ne bis idem exigatur ope exc. doli geſtattet iſt (§ 146). Im Uebrigen erfährt der rigor eine Erweiterung ſeiner Sphäre durch verſchiedene neu geſchaffene condictiones: ſo von Constant. im C. Th. III, 5, 2. 1 § fg. (319), dann von Grat. Val. et Th. daſ. VIII, 15, 6 (380), endlich von Juſtinian durch die a. pluspetitionis (A. 1767), durch die a. in

executores litis ob ultra quam iussum est exactum auf quadruplum in Just. IV, 6, 25, wozu vgl. edict. Theodorici 4, durch die Erſatzklage des obſiegenden Beklagten bei her. pet. wider den unterlegenen Kläger im Cod. III, 31, 12. § 1, wie durch die Klage der nicht befriedigten wider den befriedigten Nachlaßgläubiger auf Geltendmachung ihres Pfandrechtes im Cod. VI, 30, 22. § 6, endlich durch die Klage auf Errichtung der letztwillig auferlegten pia causa im Cod. I, 3, 46. § 6 (ſ. A. 1509).

Dagegen die aequitas erfährt eine nur höchſt vereinzelte Erweiterung ihrer Sphäre: theils in der Vermehrung der bon. fid. actiones durch die a. emphyteuticaria Zeno's, wie durch die a. de dote Juſtinian's, theils in der Aufſtellung der cond. ob iniustam caus. als einer neuen Unterart der cond. ob caus. durch Juſtinian. Und ebenſo erfolgen rückſichtlich der manichfachen Functionen aller bezüglichen Klagen im Dienſte der aequitas nur in iſolirten Punkten vereinzelte Abänderungen der überlieferten Rechtsſätze (§ 147).

Und wie ſonach bezüglich der damni ratio das gegenwärtige Zeitalter auf den von der vorigen Periode eingenommenen Geſichtspunkten ſtehen bleibt und in der Hauptſache den überlieferten Rechtsſtoff unverändert beibehält, ſo iſt in noch höherem Maaße ſolches der Fall innerhalb der Principien der gebundenen und der arbiträren richterlichen Cognition: auch hier wird die überlieferte Auffaſſung des principiellen Gegenſatzes an ſich, wie ſeiner Ausprägung im Rechte ohne irgend welche Modification beibehalten, und im Beſonderen in der stricti iur. a. einerſeits, wie in der bon. fid. und arbitraria a. andererſeits der Stützpunkt der beiden Principien anerkannt, ſo z. B. in J. Just. IV, 6, 28. 30. 31 (vgl. A. 1773).

Die aequitas im Allgemeinen aber verliert jetzt die Eigenthümlichkeit, welche derſelben früher eine ſo überaus hohe und hervorragende dogmatiſche, wie rechtsgeſchichtliche Bedeutung verlieh: Trägerin einer geſchloſſenen Zahl von klar erkannten und bewußt verwendeten und ſo nun die Rechtsentwickelung unwandelbar beſtimmenden Principien zu ſein: es entſchwindet derſelben mehr und mehr die durch die Klarheit der leitenden centralen Geſichtspunkte bedingte präciſe Beſtimmtheit des Gedankens, wie ſcharfe Begränzung der Sphäre, vielmehr wandelt

dieſelbe ſich nunmehr um in eine Trägerin von vagen und verſchwimmenden Ideen über die von der Legislation vertretenen Anſchauungen des Billigen in Sachen des Rechtes (§ 148).

§ 146.

Die Ausprägung des rigor.

Die Stellung des rigor gegenüber dem Principe der Repreſſion der ungerechtfertigten Vermögensſchädigung beruhte von Alters her auf dem doppelten Momente: theils auf deſſen negativem Verhalten gegenüber den bezüglichen Sätzen der aequitas, theils auf dem dafür eintretenden Syſteme der temeritas litigii mit ihren mannichfachen poenae.

Was nun zuvörderſt dieſes letztere Syſtem betrifft, ſo erfährt gegenwärtig die Mehrzahl jener poenae, inſoweit dieſelben noch in Beſtand ſich behauptet hatten, namentlich aber alle diejenigen, welche den XII Tafeln entſtammten, ihren Untergang. Denn ſo gelangen zunächſt die poena sacramenti, wie sponsionis in Wegfall in Folge der Aufhebung der Klagformeln durch Conſtantius und Conſtans im Jahre 342 (A. 693), da hiervon zweifelsohne auch die leg. a. sacram. betroffen wurde. Und damit wurde zugleich auch die stipulatio pro praede litis, vindiciarum mit ihrer poena dupli von res ſammt omnis causa beſeitigt. Dahinwiederum die Haftung für fructus maiores bei form. petit., welche noch Valent. et Val. für den mal. fid. possessor verſchärfen, wird beſeitigt durch die von Juſtinian eingeführte cautio de re defendenda (A. 984). Sodann die iudicia iudicati und depensi contraria mit ihrer poena dupli verſchwinden wohl zugleich mit jener Aufhebung der Klagformeln, ſowie das letztere auch in Folge des Umſtandes, daß die bezügliche a. directa ſelbſt durch die a. mandati und neg. gest. verdrängt wird und untergeht. Ferner die a. auctoritatis und aus lex mancipii gehen unter mit der Mancipation ſelbſt (A. 698), während die poena iniustae infitiationis bei a. legati per damnationem auf certum durch Juſtinian aufgehoben wird (A. 863). Endlich die poena iniustae litis contestationis bei cond. trit. hat bereits in der vorigen Periode ihren Character als poena völlig verloren (§ 141).

Dahingegen vollzieht ſich durch die beiden Kaiſer Zeno und Juſtinian eine Wiederbelebung jenes Syſtemes des rigor, indem die poena temeritatis zu mehrfachen neuen Verwendungen berufen wird: von Zeno für den Thatbeſtand der widerrechtlich verweigerten Reſtitution des Detentionsobjectes, wie der pluspetitio tempore, von Juſtinian für die ſonſtige pluspetitio, für die a. legati ad pias causas und die wahrheitswidrige Diffeſſion von Beweisurkunden oder die wahrheitswidrige Vorſchützung der exc. non numeratae pecuniae in der Darlehnsklage. Und dieſe neuen Fälle in Verbindung mit den älteren noch beibehaltenen Vorkommniſſen ergeben nun fünf verſchiedene Unterarten ſolcher poenae: zuerſt die poena dupli wegen iniusta actio suscepta bei a. redhibitoria, depositi in turba etc. dati und legati ad pias causas (A. 861—863); ſodann die poena dupli wegen iniusta infitiatio bei a. leg. Aquiliae (A. 871); ferner die verſchiedenen Strafen des Verharrens beim ungerechten Proceſſe bis zur iudicatio: bei a. quod met. c., a. adversus eum, qui hominem mortuum in locum purum alterius intulisse dicetur, a. vi bon. ademtor. adversus publicanos und im Falle der widerrechtlich verweigerten Reſtitution eines zurückzugebenden Detentions-Objectes (A. 875—877); nicht minder die poena dupli wegen widerrechtlicher Diffeſſion von Beweisurkunden oder wegen widerrechtlicher Vorſchützung der exc. non numeratae pecuniae in der Darlehnsklage (A. 878); endlich die poena pluspetitionis, welche zunächſt für die pluspetitio tempore von Zeno in der Weiſe beſtimmt ward, daß dieſelbe die dem Schuldner annoch zukommende Zahlungsfriſt verdoppelt, den Gläubiger aber zur Bezahlung aller verurſachten Proceßkoſten verpflichtet, bevor ihm die Wiederanſtellung der Klage geſtattet iſt;[1766] von Juſtinian dagegen für alle übrigen Fälle der pluspetitio auf Erſatz vom triplum des dadurch dem Gegner verurſachten Schadens fixirt wird,[1767]

1766) Im C. Just. III, 10, 1. J. Just. IV, 13, 10. IV, 6, 33.

1767) Im Cod. III, 10, 2. § 2. Inst. IV, 6, 24. 33. — In Cod. III, 10, 1 iſt von μεθοδεία des Klägers die Rede, was auf calumnia ſtatt auf temeritas hinweiſen würde, nicht dagegen in den übrigen Stellen von A. 1766. 1767. Sicher dagegen iſt unrichtig, wenn Wieding a. O. 135. 400 dabei von Betrug redet. — Auf Grund der Beſeitigung des causa cadere als Folge der plus petitio konnte nunmehr die Praxis ſich bilden, eine Selbſttaxation des Klag-

während wiederum dann, wenn die Klage auf eine Schuldverſchreibung geſtützt iſt, die auf eine höhere, als die wirklich empfangene Summe lautet, und der Kläger den ſo verbrieften

---

objectes vorzunehmen und ſo die incerti actio in eine certi condictio umzuſetzen, wovon jedoch im juſtinianiſchen Proceſſe noch keine Spur ſich findet, ſo daß ſolche Praxis erſt dem poſtjuſtinianiſchen Rechte zu überweiſen iſt: Bei. XIX § I, eine Thatſache, welche ganz zweifellos ſich ergiebt aus Theoph. bei Steph. in Bas. XXIII, 1, 9: μήτε ἀντὶ τῆς ἐν φανερῷ ἐπερωτήσεως μήτε ἀντὶ τῆς ἐξ ἔμπτο, ἣν ὁ ἀγοραστὴς δύναται κινεῖν, κινεῖσθαι τὸν κονδικτίκιον. — Ἐπὶ — τῶν κατὰ φύσιν ἰγκέρτων (sc. συναλλαγμάτων) οὐ — κινεῖσθαι τὸν κονδικτίκιον· Neuerdings hat wiederum Kniep, Mora II, 502 fg. die ſogen. certi cond. generalis vertheidigt und dabei derſelben wenigſtens ein theoretiſch haltbares Fundament unterbreitet. Während nämlich die früheren Vertreter ſolcher Klage der Annahme Raum geben, der Kläger ſei befugt geweſen vor Allem ſelbſt und bereits in iure den dem Richter obliegenden Umſatz des quanti interest in baar Geld vorzunehmen, (trotzdem daß der Zeitpunkt, auf welchem die ziffermäßige Beſtimmung jenes quanti interest ſich fixirt, durch das Judicat ſelbſt gegeben wird, ſomit aber zur Zeit der Lit. Cont. ſolche Beſtimmung überhaupt noch gar nicht möglich iſt), in Folge deſſen aber dann den Proceß ſelbſt völlig umzugeſtalten und die bon. fid. a in eine certi cond. mit ihrer poena sponsionis umzuwandeln; ſo macht Kniep ſolche cond. davon abhängig, daß „zwiſchen den Parteien über die Höhe des geſchuldeten Betrages Einverſtändniß erzielt worden ſei", ſomit alſo: daß eine confessio in iure über die Höhe des eventuellen Schuldbetrages verbunden mit einer infitiatio über die Schuldverbindlichkeit: über das dare oportere an ſich vorliege. In dieſer ganz ſpeciellen Beziehung könnte man ſich nun zwar jene cond. an ſich ganz wohl gefallen laſſen, um ſo mehr als nachweisbar der Prätor unter gewiſſen Vorausſetzungen dahin wirkte, „den Beklagten zur Anerkennung einer beſtimmten Aeſtimatio zu drängen": Keller, Civ. Pr. A. 726. Allein nicht nur, daß dieſfalls jene certi cond. generalis zu einer ſyſtematiſch ganz untergeordneten Bedeutung herabſinkt, ſo tritt jener Annahme Kniep's das Bedenken entgegen, daß die Quellen weder in der Lehre von der confessio in iure, noch von der bon. fid. a., noch von der certi cond. von ſolchem Sachverhalt etwas wiſſen, daß ſodann der Beklagte doch mehr als thöricht geweſen wäre, durch ſolche halbe confessio ſich der Gefahr einer Proceßſtrafe von 33⅓% zu unterwerfen, und daß endlich Theoph. cit. in directem Widerſpruche ſteht. Im Uebrigen noch eine Entgegnung wider Kniep: derſelbe bemerkt II, 530 bezüglich der von mir benutzten Nov. Th. I, 1, 1. es ſei ihm nicht recht klar, was dieſe Stelle eigentlich dort ſolle; allein da exigere „einklagen" bezeichnet, ſo iſt es, wie mir ſcheint, gerade nicht ſchwer, darüber ſich klar zu werden, was jene Stelle dort ſolle.

Betrag einfordert, damit der Verluſt der geſammten Forderung verknüpft wird.[1768])

Sodann wird aber auch jene in den poenae temere litigantium ausgeprägte Methode des rigor in einer noch ganz anderen Beziehung von der gegenwärtigen Periode zur Verwendung gebracht, in Bezug auf die Säumniß nämlich bei Erfüllung obliegender Rechtsverbindlichkeiten. Und zwar iſt die diesfallſige Ordnung einerſeits durchaus weſentlich verſchieden von der mora solvendi und zwar theils in Bezug auf den ſubjectiven Thatbeſtand einer Verſchuldung, welcher hier zwar, nicht aber dort erfordert wird; theils in Bezug auf den objectiven Thatbeſtand, der hier namentlich auf Nichtleiſtung an dem rechtsgeſchäftlich geſetzten Solutionstermine oder auf Interpellation Seitens des Gläubigers, dort aber lediglich auf den Ablauf einer Leiſtungsfriſt geſtellt iſt; theils ferner in Bezug auf die juriſtiſche Relevanz des Verzuges, die hier von einer vom Gläubiger erlittenen Vermögensſchädigung bedingt, dort aber von ſolcher unabhängig iſt; theils endlich bezüglich der Rechtswirkungen, die hier theilweis ganz andere, als dort ſind. Und andrerſeits iſt jene Rechtsordnung auch wieder verſchieden von der temeritas litigii, indem ſie nicht gleich dieſer an ein Civilproceßdelict, ſondern an das civilrechtliche Verhalten der Säumniß in Erfüllung obligatoriſcher Verbindlichkeiten anknüpft. Wohl aber ſtimmt ſie mit der letzteren darin überein, daß bei beiden die Rechtsfolgen an einen rein objectiven Thatbeſtand eines ſchadenfähigen Verhaltens, dabei aber nicht an die Vorausſetzung einer vom Berechtigten in concreto erlittenen Vermögensſchädigung angeknüpft ſind, dem entſprechend daher die mit ſolchem Verhalten verknüpfte Vermögensleiſtung pönalen Characters iſt, obwohl zugleich das reipersecutoriſche Element eines eventuellen Schadenerſatzes mit umfaſſend, der ziffermäßige Betrag aber ſolcher poena nicht nach dem concreten Maaßſtabe des quanti interest, vielmehr nach dem Maaßſtabe des quanti res est ausgeworfen iſt und zwar bald in usurae legales, bald in der omnis causa beſteht (vgl. § 75). Die Ausgänge ſelbſt aber ſolcher Ordnung reichen zurück bis in die vorige Periode, wo

1768) Im Cod. III, 10, 3. Hier wird dolus et machinatio bei Ausſtellung der Urkunde, nicht aber bei der Klagerhebung erfordert.

dieſelben auftreten bezüglich der Säumniß in Erfüllung ebenſo der res iudicata, wie der gegen den Fiscus obliegenden Schuldverbindlichkeiten; und von hier aus werden nun dieſelben in der gegenwärtigen Periode weiter durchgebildet und theils als ius generale geſetzt: bezüglich der Säumniß in Erfüllung der res iudicata, theils als ius speciale: als privilegia fisci, ecclesiae und piarum causarum, wie dotis.[1769])

Zunächſt aber die Repreſſion der Säumniß bei res iudicata geht aus von dem in A. 1177 erwähnten Reſcripte des Antoninus Phil., wonach, wie Pap. 20 Quaest. (D. XXII, 1, 3. pr. vgl. § 1) bezeugt, derjenige Fiduciarerbe, welcher mit Reſtitution des Univerſalfideicommiſſes auch nach ſeiner bezüglichen Verurtheilung über das legitimum tempus (A. 731) hinaus ſich ſäumig erweiſt, pönaler Weiſe rückwärts: vom Tage der Fälligkeit des Fideicommiſſes bis zum Tage des Judicates dem Fideicommiſſar die omnis causa zu reſtituiren hat. Daran ſchließt ſich ſodann der jüngere, aber bereits von Carac. im C. Just. VII, 54, 1 anerkannte Rechtsſatz, daß die Säumniß des fiscaliſchen Schuldners in Erfüllung der res iudicata über das legitimum tempus hinaus von da ab zur Zahlung von 12 % verpflichte, ſowie der von Sev. Alex. im C. Just. IV, 32, 13 bekundete Rechtsſatz, daß auch Privatgläubiger unter gleicher Vorausſetzung ſolche usurae zu beanſpruchen haben. In der gegenwärtigen Periode nun erfolgt zuerſt eine Conſtitution von Grat. Val. et Th., welche, im C. Th. IV, 19, 1. pr. (380) erwähnt, verloren gegangen iſt und die dem Schuldner, der über das legitimum tempus von zwei Monaten hinaus mit der Zahlung des Condemnates ſäumt, deſſen pönale Erhöhung um 50 % auferlegt, worauf dann im C. Th. cit. wozu vgl. Juſtinian. im Cod. VII, 54, 2, unter gleicher Vorausſetzung der Schuldner auch noch zur Zahlung von Zinſen zu 24 % vom Tage des Judicates ab verpflichtet wird.[1770])

1769) Dahingegen gehören nicht hierher die Zinsprivilegien, wo der Grund der Zinsverbindlichkeit gar nicht in einer Säumniß des Mitintereſſenten belegen iſt, ſo der Minderjährigen: A. 1177.

1770) In dieſer Auffaſſung folge ich Gothofr.; die entgegenſtehende Auffaſſung von Hänel in h. l.: der Debitor hat ſofort nach Ablauf der zwei Monate 50 % des Condemnates und von den Anderen 50 % Zinſen zu 24 %.

Sodann Juſtinian in einer verloren gegangenen, aber im Cod. VII, 54, 2 bekundeten Conſtitution ſetzt jene usurae zuerſt auf 6 % herab, und erhöht dann endlich in c. 2 (529). 3 (531) unter Verlängerung des tempus legitimum auf 4 Monat, jene Zinſen wiederum auf 12 %, dieſelben jedoch von dem geſchuldeten Capitale allein mit Ausſchluß der reſtirenden Zinſen zuſprechend.

Als ius speciale aber begegnen wir der obigen Ordnung zunächſt in dem von der vorigen Periode überlieferten und gegenwärtig nun beibehaltenen Vorrechte des Fiscus, bei Säumniß des Schuldners Zinſen zu 6 % zu beanſpruchen;[1771]) ſodann als Privileg der frommen oder milden Stiftungen bei Justinian. im Cod. I, 3, 46. § 4. 5 und Nov. 131 c. 12, demgemäß derjenige, dem durch Teſtament die Errichtung ſolcher Stiftung auferlegt iſt und der ſich einer Säumniß ſchuldig macht, die omnis causa oder reſp. Zinſen von der dazu angewieſenen Vermögensſubſtanz vom Tode des Erblaſſers ab zu leiſten verpflichtet iſt; ſowie endlich als privilegium dotis bei Juſtinian im Cod. V, 13, 1. § 7, daß der Ehemann, dafern er Dotalgrundſtücke nicht ſofort und die übrigen Objecte nicht binnen einem Jahre nach Auflöſung der Ehe reſtituirt, von da ab 4 % Zinſen vom Schätzungswerthe und ſonſtigen Gewinn aus der Dos dem Berechtigten zu präſtiren hat, ſowie im Cod. V, 12, 31. § 2, daß der extraneus promissor der Dos, dafern er ſolche zwei Jahre nach Abſchluß der Ehe dem Gatten noch nicht geleiſtet hat, von da ab ebenfalls 4 % Zinſen von dem promittirten Capitale oder der Schätzungsſumme der dos aestimata zu zahlen hat, bei dos non aestimata aber die

---

zu zahlen, ſtößt auf gewiſſe für mich unüberwindliche proceßrechtliche Bedenken: ſofort nach Ablauf der zwei Monate iſt das Executionsverfahren zuläſſig; ſoll nun die Execution nicht auf das ganze Condemnat, ſondern nur auf 50 % ſtatthaft ſein, ſo müßte doch für die andere Hälfte eine Friſt geſetzt ſein; oder ſoll überhaupt jene Verordnung die Execution ganz unberückſichtigt laſſen? Vielmehr beſtimmt doch dieſelbe den Betrag, der im Nothfalle executiviſch einzuziehen iſt. Im Uebrigen vgl. A. 984.

1771) Ulp. 63 ad Ed. (D. XLIX, 14, 6. pr.); Paul. 1 de Usur. (D. XXII, 1, 17. § 5. 6), 1 Decr. (D. cit. 16. § 1); Car. im C. Just. X, 8, 1. Alex. daſ. VII, 73, 5. Hermog. 5 Epit. (D. XXXIX, 4, 10. § 1); Justinian. im Cod. X, 8, 3. vgl. Modest. 18 Resp. (D. XXII, 1, 43), ſowie Mommſen, Beitr. III, 127 fg.

Folgewirkungen der Lit. Cont. (§ 139 unter B) eintreten ſollen.[1772])

Was ſodann den rigor in ſeiner negativen Haltung gegenüber den Sätzen der aequitas anbetrifft, ſo behaupten die condictiones unverändert ihre überlieferte Weſeneigenthümlichkeit, ungeeignet zu ſein zur Uebernahme der der bon. fid. a. zufallenden Nebenfunction, als Schäden- oder als Bereicherungsklage oder als Organ der zweiſeitigen Wahrung collidirender Parteiintereſſen zu dienen, eine Ordnung, die bezüglich der certi cond. nur ganz vereinzelt: bezüglich der ope exc. doli zu beſchehenden Geltendmachung von nicht connexen Gegenanſprüchen, wie vom Verbote ne bis idem exigatur, bezüglich der trit. cond. dagegen überdem noch weitere Ausnahmen erlitt, da dieſe als Schädenklage wegen mora solvendi, wegen verſchuldeter Vereitelung oder Beeinträchtigung der Solution nach ihrem öconomiſchen Gehalte und wegen doloſer Verweigerung der stipulatio simplae vel duplae bei entgeltlichem Veräußerungsgeſchäfte dient, wozu allenthalben noch die ſubſidiäre Zulaſſung des iusiur. in litem tritt (§ 132. 136). Nur darin greift Juſtinian im Cod. IV, 31, 14, wozu vgl. Inst. IV, 6, 30 reformirend ein, daß er bezüglich der Einrede der Compenſation allgemein die defensio ipso iure zuläßt, ſowie auch wohl die cond. trit. mit der bon. fid. a. bezüglich der mora accipiendi gleichſtellt, ſo daß nun die letztere empfänglich wird zur Aufnahme der hierauf geſtützten Defenſionalmomente (A. 1688). Endlich die incerti condictio aus der Stipulation geht nunmehr gänzlich unter, verdrängt durch die a. ex stipulatu in Folge der Praxis, der incerta stipulatio ſtets die doli clausula zu inſeriren (Beil. XXI A. 20).

Im Uebrigen aber beſeitigte der Wegfall der Proceßformel die proceſſualiſchen Unterſchiede zwiſchen der stricti iur. und bon. fid. a.[1773])

1772) Vgl. Mommſen, Beitr. III, 128 fg.

1773) Nicht aber ein Mehreres: Zachariä von Lingenthal, Geſch. des griech.-röm. Priv. Rts. § 67.

§ 147.

Die Ausprägung der aequitas.

Weit geringfügiger, als in der Sphäre des rigor, ſind die Veränderungen und Bewegungen, welche innerhalb der aequitas ſich vollziehen: indem hier die gegenwärtige Periode ein völlig ausgebildetes, wie durchgearbeitetes Syſtem vorfand, das in keinem Punkte das Bedürfniß des Lebensverkehres nach zuſagendem Schutze unerfüllt ließ, und welches mit ſeinen reichen Details die legislatoriſche Aufgabe völlig erſchöpfte; indem ſodann gegenüber den mannichfachen Controverſen der Schulen in allen irgend wichtigeren Punkten die ſpätere Rechtstheorie eine maaßgebende Entſcheidung herbeigeführt und damit die Sicherheit in Handhabung des Rechtes wieder hergeſtellt hatte; ſo verblieb an und für ſich für die Legislation dieſer Zeiten nur die dreifältige Aufgabe, theils gewiſſe Rechtsordnungen zu reformiren, die, ohne inneren ſpeculativen Eigenwerth, auf rein hiſtoriſchem Grunde beruhten als Ausflüſſe von Prämiſſen, welche die Rechtsanſchauung vergangener Zeiten beſtimmt hatten, wie z. B. der Satz, daß das durch vis oder dolus malus Vereinbarte an ſich rechtsgültig und lediglich reſciſſibel ſei; theils ſodann den neuen Anforderungen der Zeiten Rechnung zu tragen, welche aus dem eingetretenen Wandel von Anſchauungen und Sitten, wie Verkehrsgeſtaltungen ſich ergaben; theils endlich die noch nicht geſchlichteten Controverſen zu beſeitigen. Allein die Legislation dieſer Zeiten entbehrte zu ſehr der hierfür erforderlichen Originalität und Selbſtſtändigkeit der Anſchauung, wie Reflexion, als daß in der zweiten Beziehung umfaſſendere Reformen eingegriffen hätten, während wiederum in der erſten, wie letzten Beziehung die überlieferten Ordnungen, wie Verhältniſſe in Beſtand ſich behaupteten. Lediglich vereinzelt greift die Legislation bei controverſen Punkten ein, ſo wenn Zeno, wie nachſtehend zu erwähnen, die Zweifel über die Natur des contractus emphyteuticarius entſchied, oder Juſtinian in Inst. III, 25, 9 die hiſtoriſch inconſequente, aber den Lebensverhältniſſen nur zuſagende Anſicht des Gai. (A. 1737) adoptirt, daß der socius bloß für culpa in concreto haſte. Ebenſo werden auch wieder die thatbeſtändlichen Vorausſetzungen überlieferter Klagen den bezüglichen neueren geſetzlichen Beſtimmungen über ſolchen

Thatbeſtand accommodirt, ſo von Juſtinian in Inst. II, 8, 2, wozu vgl. Cod. V, 37, 25 bezüglich der a. utilis wider den Pupillen auf quanto locupletior factus est.

Nicht minder hat die Legislation die Zahl der Aequitätsklagen um etwas vermehrt, und ſo namentlich, indem einige Klagen den bon. fid. actiones neu eingeordnet werden. Dies aber beſchieht zuerſt von Zeno im C. Just. IV, 66, 1. wozu vgl. J. Just. III, 24, 3 bezüglich der von demſelben neu individualiſirten a. emphyteuticaria, womit zugleich die Regelung bezüglich der Frage wegen Tragung des periculum und zwar theilweis in einer von der normalen Ordnung etwas abweichenden Modalität erfolgte (§ 89 unter 2 e) und wozu dann Juſtinian in Nov. 120 c. 8, wozu vgl. Nov. 7 c. 3. § 2 und Cod. IV, 66, 3 noch den anomalen Rechtsſatz fügt, daß dem Emphyteuta ein Anſpruch auf Erſatz der verwendeten impensae utiles zuſtehe, dafür eine eigene Klage: die ἀγωγὴ περὶ ἐμπονημάτων gebend. Sodann erklärte Juſtinian ebenſo im Cod. V, 13, 1. § 2. Jnst. IV, 6, 29 die neu organiſirte a. de dote, als auch im Cod. III, 31, 12. § 3 Jnst. IV, 6, 28 die hered. petit. für bon. fid. actiones. Dahingegen beſchah in dieſer Periode nichts für die einer Nachhülfe recht wohl bedürftigen Innominatcontracte, um außer bei contractus aestimatorius und permutatio auch bei deren übrigen Figuren den juriſtiſchen Gehalt der den Contrahenten obliegenden Befugniſſe und Verbindlichkeiten ſchärfer zu präciſiren. Sodann ward von Zeno im C. Just. VI, 34, 4 demjenigen, welchen Jemand in ſeinem Teſtamente zu honoriren beabſichtigte, eine Klage auf Schadenerſatz wider denjenigen gegeben, welcher durch vis oder dolus malus den Teſtator davon abhielt (vgl. S. 380), während wiederum unterhalb der cond. ob caus. einige neue Species derſelben ſich ausbildeten: einestheils in der von Juſtinian geſchaffenen cond. ob iniustam causam, welche auf dem Thatbeſtand beruht, daß das Vitium der maaßgebenden causa in einem Widerſtreite derſelben mit einer lex perfecta oder plus quam perfecta beſteht[1774]), und anderntheils in der vom Ausgange der vorhergehenden Periode ab aus der alten cond. obligationis ſich entwickelnden, von Caracalla geſchaffenen cond. cautionis, deren Weſeneigenthümlichkeit darin beſteht, daß ſie auf Grund des Nicht-

1774) Voigt, Cond. ob caus. § 45. 71. 72.

empfanges der in einer Darlehns-Schuldverſchreibung verbrieften Valuta dem Schuldner wider den Gläubiger gegeben wird, und welche nun eine zwar der querela non numeratae pecuniae parallele Structur, im Uebrigen aber eine vollſtändige Singularität für das römiſche Recht ergiebt, inſofern dieſelbe nicht, wie jede andere Klage der Aufgabe dient, eine gegebene civilrechtliche Ordnung zu Gunſten des Berechtigten gegenüber dem widerſtrebenden Verpflichteten auf proceſſualiſchem Wege zur gerichtlichen Anerkennung und Durchführung zu bringen oder im Beſonderen gleich der cond. obligationis die Reſciſſion einer beſtehenden Obligation herbeizuführen, als vielmehr auf den rein proceßrechtlichen Effect abzielt, die proceſſualiſche Beweiskraft ſolcher Urkunde zu zerſtören, dementſprechend nun auch jene cond. an die gleichen Friſten gebunden iſt, wie die querela non numeratae pecuniae: ſeit Carac. von einem annus utilis, ſeit Diocl. von einem quinquennium continuum, ſeit Justinian. von einem biennium[1775]).

Und dieſer cond. cautionis parallel entwickelt ſich wiederum vom Jahre 215 abwärts die querela non numeratae pecuniae, welche ein zwiefältiges Rechtsmittel umfaßt: theils eine exc., theils eine Proteſtation (contestatio). Und zwar jene neue exc. non numeratae pecuniae geht hervor aus der gleichnamigen älteren, mit der exc. doli mali concurrirenden Exception (A. 1614) und wird geſchaffen durch die Conſtitution Caracalla's im C. Just. IV, 30, 3 (III kal. Jul. 215), wodurch mit derſelben der Effect verknüpft wird, dem Inhaber der betreffenden Darlehns-Schuldverſchreibung bei dereinſtiger Anſtellung der Klage den Beweis der beſchehenen Zahlung der Valuta durch andere Beweismittel aufzuerlegen, und welche ſomit, gleich der cond. cautionis, den rein proceßrechtlichen Effect hat, die proceſſualiſche Beweiskraft

---

1775) Voigt, a. O. § 48. Auf dieſe cond. beziehen ſich Alex. im C. Just. IV, 30, 7. Gord. daſ. II, 6, 3. Diocl. daſ. IV, 9, 4. Der querela non numer. pec. unterfällt dieſe cond. ſicher nicht, wie Alex. und Gord. mit Beſtimmtheit ergeben; anderer Anſicht iſt Arndts, Pand. § 281. Daneben blieb die alte cond. obligationis in Beſtand, wenn auch unter der modificirten Auffaſſung, daß bei Vorhandenſein eines Schuldſcheines die Rückgabe deſſelben, gleich als Repräſentanten des Forderungsrechtes das nächſte Ziel der Klage ergebe, ſo bei Diocl. im C. Just. IV, 5, 3. 4. IV, 9, 2. VIII, 43, 25. Justin. daſ. III, 43, 1. VIII, 54, 36. pr. § 2.

ſolcher Urkunde zu zerſtören, dem entſprechend nun auch die exc. doli aus dem Concurrenzverhältniſſe heraustritt, da vielmehr ſolche Tendenz und ſolcher Effect jener erſteren exc. allein zukommen.[1776]) Dahingegen dieſe Proteſtation, gegen die Verzögerung der Auszahlung der Valuta ſich richtend, hat den Effect, jene exc. non num. pec. zu perpetuiren.[1777]) Beiderlei Rechtsmittel aber ſind von Caracalla an die Friſt von einem annus utilis gebunden worden, wofür dann von Diocl. ein quinquennium continuum, von Juſtin. ein biennium geſetzt ward,[1778]) und jenes zwar in der Modalität, daß nach Ablauf ſolcher Friſt die Schuldurkunde praesumtio iuris et de iure für den Empfang der Valuta ergiebt, der Gegenbeweis dawider ſomit unbedingt ausgeſchloſſen iſt.[1779]) Dahinwiederum die wahrheitswidrige Vorſchützung jener exc. unterfällt der in § 146 beſprochenen poena dupli. Endlich wird von Juſtinian im Cod. V, 15, 3. Nov. 100 jene querela non num. pec. auch wider dasjenige Empfangsbekenntniß der numeratio dotis gegeben, welches vor Vollziehung von ſolcher ausgeſtellt worden iſt, obwohl mit mehrfachen Beſonderheiten bezüglich der Friſten.[1780])

Endlich eine eigenthümliche Weiterentwickelung des iusiur. in litem enthält die Conſtitution von Zeno im C. Just. VIII, 4, 9,

---

1776) Alex. im C. Just. IV, 30, 5. 7. Vgl. im Allgemeinen hierüber Voigt, a. O. A. 301. — Bei Diocl. im C. Just. IV, 30, 9. und in Just. Just. IV, 13, 2. ſtehen Stipulationsurkunden in Frage: § 56.

1777) Alex. im C. Just. IV, 30, 8. Diocl. daſ. c. 9. IV, 9, 4. Anders Danz, R. G. § 151 unter g 1.

1778) Car. im C. Just. IV, 30, 4. vgl. Alex. daſ. c. 8. — Diocl. im C. Herm. I, 1. — Justin. im Cod. IV, 30, 14. pr.

1779) Alex. im C. Just. IV, 30, 8: sin vero legitimum tempus excessit in querimoniam creditore minime deducto, omnimodo heres eius, et si pupillus sit, debitum solvere compellitur; Hon. Th. et Const. im C. Th. II, 27, 1. § 4. vgl. Justin. in Nov. 100. c. 1. § 1. Schilling, Juſt. § 286 q. Anders Arndts, a. O. § 281. Juſtinian in Just. III, 21 hat hierauf die Figur einer neuen litterarum obligatio geſtützt, allein ganz confuſer Weiſe, denn dann wäre ja conſequenter Maaßen eine ſolche litter. obl. überall da gegeben, wo der Beklagte an dem Gegenbeweiſe gegen eine auf Urkunden geſtützte Klage ſich verſäumte. Ueberdem begründet ja nicht die Ausſtellung der Urkunde, ſondern erſt der Ablauf eines biennium vom Tage jener Ausſtellung ſolche ſogen. litter. oblig.; vgl. Danz, a. O. § 151 unter g 2.

1780) Vgl. Schilling, a. O. § 286 unter 3.

wonach demjenigen, welcher eine Klage wegen erlittener vis anstellt, sei dies a. quod met. c., interd. unde vi, a. vi bon. rapt. oder dergleichen, den dabei durch Raub oder Besitzentsetzung oder Sachbeschädigung erlittenen Vermögensschaden in Ermangelung anderer Beweismittel durch iusiur. in litem, obwohl cum taxatione, somit unter richterlicher Festsetzung des Maximalbetrages (A. 838) zu erbringen gestattet ist.

§ 148.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre.

Indem mit der gegenwärtigen Periode die besten Köpfe dieser Zeiten ihr Wirken und ihre Bestrebungen den Religionsdogmen zuwenden und inmitten der tobenden Gegensätze von Heidenthum und Christenthum, von Häresie und Orthodoxie, inmitten des lauten und gewaltthätigen Gezänkes der Sectirerei ihre Kräfte erschöpfen; indem so daher an die Stelle der hoch begabten Vertreter der Rechtswissenschaft, welche in der ersten und zweiten Periode jenen eminenten Aufschwung des Rechtes herbeiführten, Männer der geschäftsmäßigen Praxis und der reinen Routine treten und damit die wissenschaftliche Cultur des Rechtes, wie der befruchtende und erleuchtende Einfluß der Theorie auf die Rechtsentwickelung gänzlich verloren geht; so treten damit nun jene in Thl. I § 99 dargelegten Erscheinungen zu Tage: „Die aequitas fällt im Wesentlichen der kaiserlichen Rechtsbildung allein anheim und verliert somit ihren ursprünglichen Boden in der Volksanschauung, indem einestheils die Rechtsbildung dem unmittelbaren Einflusse der vulgären Rechtsideen sich entzieht und im Gefühle ihrer autokratischen Herrlichkeit in sich selbst den alleinigen Quell vollendeter Weisheit und Rechtswahrheit sucht, anderntheils aber auch der entnervten Nation überhaupt die Fähigkeit zur Production ureigener Rechtsidee gemangelt haben mag."

So nun reproducirt in Bezug auf die hier maaßgebenden Principien die kaiserliche Legislation die Anschauungen der vorigen Periode, sei es in rein rückblickender Erwähnung des historisch Gegebenen und Abgeschlossenen, sei es als einer die Rechtsbildung dieser Zeiten noch bestimmenden und leitenden

Idee. Und in dieſer Modalität nun treten ebenſowohl der Princip-ſatz an ſich des nemo cum damno alterius locupletior fieri debet, wie auch deſſen Unterſätze in den Digeſten und Inſtitutionen Juſtinian's noch hervor. Eine ſelbſtſtändigere Verwendung dagegen erfährt nur der Grundſatz des commodum eius esse debet, cuius periculum est (§ 89 unter III), der namentlich von Juſtinian mit einer gewiſſen Vorliebe verwendet wird,[1781]) ſo im Cod. VI, 51, 1. § 4:

Non est ferendus is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit;

oder im Cod. V, 13, 1. § 9:

Aestimatarum — rerum (sc. dotalium) maritus quasi emtor et commodum sentiat et dispendium subeat et periculum expectet.

An dem Rechtsſtoffe ſelbſt aber, welcher der Sphäre jenes Principes anheimfällt, prägen die entſprechenden Erſcheinungen ſich aus: jenem weiten und reichen Gebiete der Aequitätsklagen, dem bisher eine ſo emſige, wie eindringende, eine ſo tiefſinnige und einſichtsvolle Cultur zu Theil geworden war, wird fortan alle ſchaffende Thätigkeit entzogen: es gebricht an der Arbeitskraft, die da berufen wäre, das fruchtbare Feld auch ferner noch zu beſtellen. So daher wirthſchaftet die gegenwärtige Zeit durchaus nur mit dem ererbten Fonds an Ideen, ohne neue, ſelbſteigene Geſichtspunkte oder originale Anſchauungen zu gewinnen, höchſtens den überlieferten Gedanken in vereinzelter neuer Verwendung verwerthend. Ja, wie ſehr ſelbſt das tiefere Verſtändniß und die eindringende geiſtige Herrſchaft über den überlieferten Rechtsſtoff mangelte, davon giebt beredtes Zeugniß die Stellung, welche die kaiſerliche Legislation den wichtigſten Gruppen der Aequitätsklagen gegenüber einnahm, und zwar zunächſt in der von Juſtinian im Cod. III, 31, 12. § 3 (Kal. Sept. 530) erlaſſenen Verordnung: hereditatis petitio omnimodo bonae fidei iudiciis connumeretur. Denn fragt man nach dem praktiſchen Effecte ſolcher Vorſchrift, ſo fehlt derſelbe vollſtändigſt in der Richtung der von jener Klage vertretenen Aggreſſive: es wird die hered. petitio durch jene Gleichſtellung nicht einer einzigen der von der

1781) Vgl. auch Augustin. Serm. VIII, 8: ubi lucrum, ibi damnum.

bon. fid. a. vertretenen Functionen neu theilhaft, welche bis dahin der form. petit. noch nicht zukam, und weder fungirt dieſelbe etwa fortan als a. de dolo, noch auch als a. contraria wegen aufgewendeter Impenſen. Und wiederum in der Defenſive iſt bereits von früher her die form. petit. in dem gleichen Umfange, wie die bon. fid. a. Organ der zweiſeitigen Berückſichtigung und Wahrung der collidirenden beiderſeitigen Partei-Intereſſen, während die hierin obwaltende proceſſualiſche Differenz der defensio ipso iure bei der bon. fid. a. und der defensio ope exc. doli bei der form. petit. bezüglich der hered. petit. insbeſondere bereits von der vorigen Periode in den wichtigſten Punkten ausgeglichen worden war (§ 132), und dann durch Juſtinian's Vorſchrift im Cod. IV, 31, 14 (kal. Nov. 530), daß die Compenſation bei allen Klagen ipso iure zur Geltung komme, auch in ſeinen letzten Rudimenten beſeitigt wurde. Und endlich wiederum in der Sphäre des Principes der arbiträren richterlichen Cognition iſt ebenfalls bereits von früher her innerhalb der durch das Civilrecht dem Richter überwieſenen Aufgabe in der gleichen Maaße bei der form. petit., wie bei der bon. fid. a. der Entſcheid auf das arbitrium des Richters geſtellt.[1782]) Gegenüber ſolcher practiſchen Bedeutungsloſigkeit jener Vorſchrift aber erklärt ſich die letztere ſelbſt in der That nur aus einer unklaren und ungenügenden Einſicht in den hiſtoriſch überlieferten Artunterſchied jener beiden Aequitätsklagen. Und ſodann wiederum bezüglich der cond. ob caus., wo in Folge des verhältnißmäßig jungen Alters ſolcher Klage in der That gewiſſe Mängel oder Uebelſtände obwalteten, deren Beſeitigung der Theorie, wie Legislation eine naheliegende Veranlaſſung zum Eingreifen darbot; wo insbeſondere hinſichtlich der dogmatiſchen Beſtimmung der mehreren Unterarten ganz verſchiedene Syſteme überliefert waren, und wo ſodann ſelbſt eine allſeitig ausgebildete und durchgeführte feſte Terminologie zur Individualiſirung jener Unterarten noch fehlte; bezüglich dieſer Klagen nun begnügt ſich die gegenwärtige Periode, abgeſehen von Juſtinian's neuer Artbeſtimmung einer cond. ob ini. caus., durchaus mit dem von früher ihr überlieferten Lehrſtoffe: „während einerſeits eine Fortbildung früherer Syſteme oder ein Fort-

1782) Vgl. z. B. Gai. IV, 114 und dazu dann § 139 unter A und B.

ſchreiten in Ausbildung der Terminologie nirgends wahrnehmbar wird, ſo vermögen wir andrerſeits auch durchaus keine weſentliche Erweiterung der thatbeſtändlichen Sphäre jener Condictionen zu erblicken, vielmehr ſehen wir allenthalben nur die überlieferten Theorieen und zwar mitunter in der unbeholfenſten Weiſe angewendet." [1783])

Im Uebrigen aber lag die Beſeitigung der principiellen Verſchiedenheiten zwiſchen den Rechtsgebilden des rigor und der aequitas nicht entfernt in dem Sinne dieſer Zeiten: dieſelbe ward weder von der Legislation angeſtrebt, noch von dem Bedürfniſſe des Verkehres erfordert. [1784])

Was endlich die in § 144 dargelegten Mängel der Rechtspflege anbetrifft, ſo wurden dieſe zum einen Theile beſeitigt durch die Einführung der iudices pedanei: der rechtsgelehrte Richter trat damit an die Stelle des Geſchworenen, in höherer Maaße als dieſer befähigt, den Aufgaben des richterlichen Officium zu genügen, während wiederum an Stelle der wegfallenden responsa ICtorum die kaiſerlichen Reſcripte eintreten. Allein die rein ſachlichen und objectiven Schwierigkeiten in der Handhabung des Rechtes blieben die gleichen, wie früher, ja ſteigerten ſich ſogar dadurch, daß einestheils der gegenwärtigen Periode, wie dargelegt, mehr und mehr die tiefere Einſicht und die volle geiſtige Beherrſchung des Rechtes verloren ging, und andererſeits wiederum das letztere ſelbſt eine überaus weitſchichtige, diffuſe, ſchwer zu beherrſchende Maſſe darbot, welche mannichfache Unebenmäßigkeiten, wie Widerſprüche in ſich barg, namentlich aber in der

---

1783) Voigt, Cond. ob caus. § 45.

1784) Nichts kann unrichtiger ſein, als der in unſerer modernen Wiſſenſchaft vertretene Satz, daß heutigen Tages alle Klagen die Natur von bon. fid. actiones angenommen haben: die in § 146 dargelegte negative Haltung des rigor gegenüber den Aequitätsfunctionen der bon. fid. a. gilt auch heutigen Tages noch ohne jedwede Abſchwächung z. B. bezüglich der Darlehnsklage im Gegenſatze zu der Kaufklage. Noch weit markirter wird dieſe Thatſache in der Wechſelklage, welche überdem aus einem ſolennen Rechtsgeſchäfte in dem in § 1 dargelegten antiken Sinne hervorgeht und wo nun auch alle die entlegeneren Conſequenzen hiervon zur Geltung kommen, wie z. B. die cond. liberationis, wie obligationis. Mit vollem Grunde tritt daher jener Aufſtellung entgegen Götz, de cond. doctrina I.

aequitas ein Element enthielt, aus welchem ſich die Gefahr von Ausſchreitungen und Uebergriffen in die Sphäre des Moraliſchen für die richterliche Entſcheidung ergab. Und ſo daher begegnen wir auch in dieſer Periode Ermahnungen an den Richter zu gewiſſenhafter Beachtung der ſeinem Urtheile geſetzten Schranken, ſo bei

Justinian im Cod. VII, 31, 14. § 1: hoc — iudices observent et non procliviores in admittendas compensationes exsistant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes;

oder in Inst. IV, 17. pr.: imprimis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus constitutum est;

vgl. Val. Th. et Arc. im C. Th. IX, 10, 4. § 1 (390); Th. et Val. daſ. XVI, 5, 65 (428); Justin. in Nov. 82 c. 10 (539),

wie nicht minder wiederum der Inſtruction für den Richter in Inst. IV, 17: de Officio iudicis.

Sodann wiederum, was den Schädenbeweis insbeſondere betrifft, ſo ſetzt Juſtinian im Cod. VII, 47, 1 dem richterlichen Officium gewiſſe Schranken, indem er den von früher überlieferten Satz, daß bei a. emti als Evictionsklage das id quod interest das duplum pretii nicht überſchreiten dürfe (A. 829), für alle Klagen generaliſirt, welche auf eine ein certum enthaltende Präſtation ſich richten:

Quum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare. Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam — hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere. — Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio (A. 828),

eine Vorſchrift, mit welcher in ſachlicher Beziehung wieder der Rechtsſatz conform iſt, daß der Betrag der zu zahlenden Zinſen nicht über die Summe des geſchuldeten Capitales anſteigen ſolle (A. 830). Und anderntheils iſt es wiederum die Tendenz, den Schädenbeweis zu vereinfachen und zu erleichtern, welche das Zurückgreifen auf die alte Methode des rigor von Seiten Zeno's wie Juſtinian's (§ 146) beſtimmt: man greift auf das Syſtem

der poenae temere litigantium zurück, um für die Beurtheilung der Vermögensschädigung jenen hohen Grad objectiver Gewißheit, wie processualischer Einfachheit zu sichern, welche allein auf jenem Wege erreichbar ist (§ 105).

Und endlich das letzte Auskunftsmittel zur Beseitigung jener Uebelstände, wozu man griff, war die Vereinfachung und Läuterung des Rechtes selbst: theils die Verordnung von Constant. im C. Th. I, 4, 1 (321), welche den notae des Ulpian und Paulus zu den Schriften Papian's die correctorische Kraft abspricht, theils die Gesetze von Constant. im C. Th. I, 4, 2 (327) und von Th. et Val. das. c. 3 (426), deren ersteres den Werken des Paulus, und deren letzteres den Schriften von Papinian, Paulus, Gajus, Ulpian und Modestin officiell den Werth und die Bedeutung maaßgebender Autoritäten für den Richter zuerkennt, beim Dissens zwischen jenen selbst aber die Bevorzugung der einen Lehrmeinung dem wissenschaftlichen Ermessen des Richters und dessen sachmäßiger Beurtheilung ohne Weiteres entzieht, vielmehr dem mechanischen Majoritäts-, wie eventuell Autoritäts-Principe schlechthin unterstellt; theils endlich die manichfachen Projecte, wie Versuche zur Codification des Rechtes, die endlich mit Justinian's Rechtssammlung ihren Abschluß erreichte, gesichert zugleich durch die significante Vorschrift in Const. Deo auctore § 12:

Nostram — consummationem — Digestorum vel Pandectarum nomen habere sancimus, nullis iuris peritis in posterum audentibus commentarios illi applicare et verbositate sua supradicti codicis compendium confundere, quemadmodum in antiquioribus temporibus factum est, quum per contrarias interpretantium sententias totum ius paene conturbatum est.

Drittes Buch.

Die Principien der civilen und der natürlichen Verwandtſchaft.

§ 149.

Die Principien an ſich von rigor und aequitas und deren einzelne Poſitionen.

Neben den in den beiden erſten Büchern behandelten Rechtsprincipien tritt ebenſo in der Rechtsbildung ſelbſt, als auch, wie in Thl. I § 66. 70. 99. Beil. VII § 7. 18 dargelegt, in der Speculation und Theorie der zweiten und dritten Periode in den Gegenſatz von rigor und aequitas noch ein durchaus heterogenes Princip herein: die sanguinis ratio[1785]) oder das Princip einer Berückſichtigung der Blutsverwandtſchaft. Und zwar beruht die Eigenartigkeit dieſes Principes vor Allem darin, daß das normirte Verhältniß nicht lediglich dem menſchlichen Lebensverkehre anheimfällt und aus dieſem allein als deſſen Ergebniß hervorgeht, ſondern auf einer naturgeſetzlichen Grundlage ruht und ſo von außen her in die Lebensbeziehungen hineingetragen wird: durch das Wirken eines Naturgeſetzes, deſſen Eingreifen und Ergebniß vom Menſchen zwar veranlaßt, im Uebrigen aber weder beſtimmt noch geleitet wird; und ſodann darin, daß die hierdurch begründeten wechſelſeitigen ſubjectiven Beziehungen der Individuen weit über das

---

1785) S. die Citate in Thl. I A. 522; dann Pap. 27 Quaest. (D. XVII, 1, 54. pr.): affectus ratio. — Ueber jenes Princip in ſeiner Ausprägung vgl. Klenze, in Ztſchr. f. geſch. R. W. VI, 1 fg. Dirkſen, Verſuche I, 38 fg. Brinz, Pand. § 282 fg. Wegen des rigor vgl. Bering, Erbrecht § 3.

Gebiet des Pecuniären hinaus und in ganz andere Seiten des menſchlichen Seins übergreifen: in eine Sphäre von höchſter ſittlicher Bedeutung, die dem entſprechend auch nirgends von den Rechtsordnungen völlig gedeckt oder ausſchließlich beherrſcht wird, da vielmehr allenthalben auch dem Geſetze der Moral, wie bürgerlichen Sitte ein ebenſo weitgreifender, wie gewichtvoller Spielraum verbleibt.

Alles dieſes erklärt aber und begründet ohne Weiteres die hiſtoriſche Ausprägung jenes Gegenſatzes von rigor und aequitas: es prägt derſelbe innerhalb des obigen Principes hiſtoriſch nicht in der Weiſe ſich aus, daß der rigor der Blutsverwandtſchaft überhaupt keine juriſtiſche Relevanz beimäße, als vielmehr darin, daß die aequitas nur in weitergreifender Maaße und in anderen naturgeſetzlichen Banden verwandtſchaftliche Beziehungen anerkennend mit ſolchen ihre Rechtswirkungen verknüpft.

Im Beſonderen aber tritt jener principielle Gegenſatz in fünf verſchiedenen Unterſätzen zu Tage, und zwar

I. auf Grund des verſchiedenen Syſtemes an ſich, auf welches die von dem Rechte ſanctionirte Verwandtſchafts-Ordnung geſtützt iſt. Denn indem die Verwandtſchaft durch die Zeugung Seitens des Mannes und durch die Geburt Seitens des Weibes naturgeſetzlich vermittelt wird, ſo können für die an die Verwandtſchaft geknüpften rechtlichen Folgen ebenſo die Zeugung allein oder die Geburt allein oder auch beide zuſammen als maaßgebend und beſtimmend anerkannt werden, woraus nun das androkratiſche, das gynäkokratiſche[1786]) und ein gemiſchtes Syſtem der Familien- und Verwandtſchaftsrechts-Ordnung ſich ergiebt. Und auf ſolchen Unterſchied geht nun der erſte principielle Gegenſatz von rigor und aequitas zurück, indem die letztere ein gemiſchtes Syſtem vertritt.

1786) Wegen des gynäkokratiſchen Syſtemes vgl. Thl. II A. 535. Bachofen, Mutterrecht. Keil im Philologus 1860. XVI, 9 fg., wie auch Kuhn, ſtädt. und bürgerl. Verf. d. r. Reiches I, 18 fg., wo jedoch jenes Syſtem in ſeiner hiſtoriſchen Bedeutung durchaus ungenügend gewürdigt iſt. Andrerſeits wiederum innerhalb des androkratiſchen Syſtemes tritt in der ſo weit verbreiteten Couvade die Idee zu Tage, es erfordere die volle Verwandtſchaft, daß mit der Zeugung auch die Geburt ſich verbinde, daher nun der Vater des Neugeborenen wegen in den Wochen liegt: Baſtian in Lazarus und Steinthal, Ztſchr. f. Völkerpſychol. V, 156 fg. Peſchel, Völkerkunde 246.

wohingegen der rigor das androkratiſche Syſtem ausſchließlich zur Geltung bringt und damit nun den Geſichtspunkt vertritt, daß nur die Zeugung, nicht aber die Geburt die Blutseinheit begründe und auf weitere Generationen überleite, vielmehr das Weib nur ein Zeugungs-Inſtrument ſei, ohne einen eigenen Zeugungsſtoff in ihr Kind zu übertragen. Somit beſtimmt ſich dieſer principielle Gegenſatz dahin:

der rigor führt in ſtrenger und ausſchließender Conſequenz das androkratiſche Syſtem der Familien- und Rechts-Ordnung durch: nur die durch Zeugung vom Manne begründete Verwandtſchaft anerkennend und dabei im Beſonderen je nach Linie und Grad drei, reſp. vier verſchiedene verwandtſchaftliche Kreiſe unterſcheidend: den paterfamilias und deſſen legitime Deſcendenz, aus welcher jedoch nur die sui die vornämlichen Rechtsſubjecte ſind; dann die ferneren agnati[1787]) und reſp. insbeſondere die consanguinei, wie endlich die gentiles;

die aequitas dagegen vertritt ein gemiſchtes Syſtem: gleichmäßig die durch Abſtammung vom Manne, wie von der Frau begründete Verwandtſchaft anerkennend und im Beſonderen je nach Linie zwei ſolche Kreiſe unterſcheidend: von Eltern und Kindern ſammt ferneren De- und Aſcendenten, wie die ſonſtigen cognati[1788]).

1787) Vgl. Gai. I, 156 (J. Just. I, 15, 1. III, 2, 1. D. XXVI, 4, 7): sunt — agnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati; III, 10 (Collat. XVI, 2, 10): vocantur — agnati, qui legitima cognatione iuncti sunt; legitima autem cognatio haec est, quae per virilis sexus personas coniungitur; Paul. de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. § 2): hi (sc. agnati) sunt per patrem cognati ex eadem familia. Dagegen die vorkommende Beſchränkung der agnati auf Männer, ſtützt ſich lediglich auf rechtshiſtoriſche Momente: § 151. — Den Gegenſatz bilden die cognati als hi qui per feminini sexus personas necessitudine iunguntur: Gai. I, 156. III, 24. und ähnlich Paul. de Grad. cit. vgl. Sent. rec. IV, 8, 14.

1788) Lab. bei Ulp. 46 ad Ed. (D. XXXVIII, 8, 1. § 1): cognati appellati sunt, quasi commune nascendi initium habuerint; Ulp. cit.: cognati — appellati sunt quasi ex uno nati; 2 Inst. (Collat. XVI, 8, 1): cognati — sunt, qui nos per patrem aut matrem contingunt; Paul. de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. § 2): cognati sunt, et quos agnatos lex XII tab. appellat; Modest. 12 Pand. (D. cit. 4. § 1): cognati ab eo dici putantur, quod quasi

II. Den weiteren Stützpunkt eines principiellen Gegenſatzes ergiebt die Beſchaffenheit des geſchlechtlichen Verhältniſſes ſelbſt zwiſchen Mann und Weib, aus welchem die Deſcendenz hervorgegangen iſt. Und zwar

der rigor erkennt als das einzige Geſchlechtsverhältniß, in welchem durch Zeugung die relevante Blutsverwandtſchaft zwiſchen Vater und Kind begründet wird, die iustae nuptiae oder das iustum matrimonium an d. h. die civile Ehe zwiſchen zwei des römiſchen conubium theilhaften Individuen[1789]), weder aber die ſonſtige Ehe, noch ein anderweites Geſchlechtsverhältniß;

die aequitas dagegen ſtützt die relevante Blutsverwandtſchaft der Freien auf die Zeugung oder auf die Geburt theils aus dem matrimonium, ſei es iustum, ſei es non iustum, als der römiſch rechtlichen Ehe[1790]), nicht aber aus dem matrimonium iuris peregrini, theils aus dem concubinatus (§ 152. 154), theils aus dem geſchlechtlichen Umgange zwiſchen Freien und Sclaven oder zwiſchen Sclaven (A. 1838), wie nicht minder auf die Geburt aus dem außerehelichen Umgange.

Denn, was insbeſondere das matromonium iuris peregrini betrifft, ſo iſt die Cognation in dem maaßgebenden Sinne (A. 1788), ebenſo wie die Affinität, wenn immer auch in ihren Exiſtenzbedingen durch naturgeſetzliche Ordnungen beſtimmt und inſofern ganz unabhängig von aller Rechtsordnung, doch in ihren juriſtiſchen Beziehungen d. h. inſoweit als damit Wirkungen Rechtens verknüpft ſind und ſomit deren juriſtiſche Exiſtenz oder Relevanz in Frage ſteht, nicht iuris gentium, ſondern iuris civilis[1791]), eine Theſe, die ebenſo Conſequenz, wie Vorausſetzung

---

una communiterve nati vel ab eodem orti progenitive sint; vgl. Paul. sent. rec IV, 8, 14. In dieſem Sinne findet ſich das Wort in der lex Cincia, lex repetund. in C. J. L. I no. 198, lex Cornel. de iniur., leges Juliae de vi publica und privata und lex col. Juliae Genet.: A. 1817; bei Plaut. Mil. III, 1, 111. 113. IV, 3, 26. Capt. II, 3, 30. Poen. V, 4, 86. 5, 44. prol. 97. Cic. de Orat. II, 24, 100. Treb. bei Paul. de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. § 18).

1789) Wegen iustae nuptiae ſ. Beil. X § VI. Der obige Satz iſt ein Stück der Grundordnung des älteſten röm. Rechtes: Thl. II § 11, 12.

1790) Vgl. Thl. II § 82. Beil. X § VI.

1791) Dieſer Satz iſt höchſt characteriſtiſch gegenüber den beiden That-

iſt der Sätze, daß ſolche juriſtiſch relevante Cognation theils weder zwiſchen Peregrinen, noch zwiſchen ſolchen und römiſchen Bürgern ſtatt haben kann[1792]), theils durch Verleihung der römiſchen Civität an verwandte Peregrinen zwiſchen denſelben nicht begründet wird[1793]), theils endlich durch cap. dem. media auf-

---

ſachen, daß ebenſo die sanguinis ratio dem ius naturale überwieſen wird (A. 1837), als auch die Cognation mehr denn irgend welches andere Rechtsverhältniß, iuris quo omnes gentes utuntur iſt, aus Beiden daher für die Cognationsrechte ein zwiefacher Titel ſich ergab, iuris gentium zu ſein. Dennoch blieben dieſelben in der That iuris civilis und es iſt nur ein Pſeudoius gentium, welches bekundet wird von Quint. J. O. VII, 1, 46: pater intestatus duos nos filios reliquit; partem (sc. B. P. unde liberi) iure gentium peto, oder von Liv. XL, 9, 8: huic spei tuae (sc. succedendi) obstat — gentium ius; 11, 7: festinat ordinem aetatis, naturae, moris Macedonum, iuris gentium; 12, 13: maiore fratre —, cuius iure gentium, more Macedonum — regnum est futurum; 17, 4: paterni regni agrum se et recepisse et habere iure gentium; Justin. H. Phil. XVI, 2: is contra ius gentium minimo natu ex filiis ante infirmitatem regnum tradiderat; vgl. Thl. II § 106 fg. Jene auch bei Tutel, Patronat u. a. m. wiederkehrende Thatſache, daß Inſtitute, die mehr als alle anderen iuris quo omnes gentes utuntur ſind, dem ius gentium nicht angehören, wie die entgegengeſetzte Erſcheinung, daß iuris gentium manche Inſtitute ſind, welche beſtimmt nicht dem ius quo omnes gentes utuntur angehören, wie z. B. fidepromissio und nuncupative acceptilatio, bekunden mit vollſter Deutlichkeit, daß die Zubehörigkeit eines Inſtitutes zu ſolchem Rechte beſtimmt kein weſentliches, ſondern durchaus nur ein zufälliges Merkmal des ius gentium ergab; vgl. auch A. 1867. — Im Uebrigen kommen hier nicht in Betracht die Rechtswirkungen der Cognation, welche dem ius naturale, als dem ius commune omnium animalium angehören und ſomit auch bei servilis cognatio zur Wirkſamkeit gelangen: ſ. Thl. IV § 4.

1792) Vgl. Thl. II A. 80. Daher wird z. B. die B. P. unde vir et uxor nicht durch matrimonium iuris peregrini begründet: Ulp. 47 ad Ed. (D. XXXVIII, 11, 1. pr.): ut bon. poss. peti possit unde vir et uxor, iustum esse matrimonium (A. 1790) oportet; vgl. Thl. II, 88. Theils ſinguläre, theils relative Ausnahmen — inſofern die Ehe des Latinus Junianus eine römiſch rechtliche war — ſ. A. 1839. Thl. II A. 79. S. 734 fg.

1793) So z. B. Plin. Paneg. 37: novi (sc. cives) seu per Latium in civitatem seu beneficio principis venissent, nisi simul cognationis iura impetrassent, alienissimi habebantur; — — romanam civitatem — affinitatum damno bene compensari putarent; vgl. Thl. II A. 79. S. 734 fg. Klenze, in Ztſchr. f. geſch. R. W. VI, 61 fg. Bezüglich der Latinen ward von Trajan dieſe Härte beſeitigt; A. 1839; und ſo auch bei der erroris causa probatio: Gai. I, 67 fg. Ulp. VII, 4. Dann vgl. auch Paul. 17 Quaest. (D.

gehoben, d. h. in juriſtiſcher Beziehung durchaus unwirkſam gemacht wird [1794]).

III. Der dritte Gegenſatz beruht in der Modalität der künſtlichen, d. h. rein juriſtiſchen Begründung der Blutsverwandtſchaft. Denn gegenüber dem Sachverhalte, daß an und für ſich deren Grundlage nur in einem naturgeſetzlichen Vorgange: dem Acte der Zeugung, wie der Geburt gegeben iſt, hat das römiſche Recht die Ordnung decretirt, daß ſolcher Vorgang durch einen rechtsgeſetzlichen Act erſetzt werden könne. In dieſer Beziehung nun hat

der rigor verordnet, daß die Blutsverwandtſchaft durch ſolches juriſtiſche Surrogat erſetzt d. h. durch Rechtsact zwiſchen ſolchen begründet werden könne, zwiſchen denen naturgeſetzlich keine Verwandtſchaft beſteht: durch conventio in manum, arrogatio und adoptio;

die aequitas dagegen ſtellt keine Modalität ſolcher künſtlichen Begründung der Blutsverwandtſchaft auf, ſondern lediglich der künſtlichen Begründung der Legalität naturgeſetzlicher Blutsverwandtſchaft: durch Legitimation. Dagegen reſpectirt dieſelbe allerdings die von dem rigor decretirte, künſtlich begründete Verwandtſchaft, allein dies nur innerhalb der von demſelben geſetzten Beziehungen: lediglich inſoweit, als nach dem rigor Agnation begründet wird, erkennt auch ſie Cognation an, nicht aber über jene Gränze hinaus [1795]).

XLVIII, 23, 4): in metallum damnata mulier eum, quem prius conceperat, edidit, deinde a principe restituta est; humanius dicetur etiam cognationis iura huic restituta videri.

1794) Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. § 11); is cui aqua et igni interdictum est, — et cognationes et affinitates omnes, quas ante habuit, amittit; J. Just. I, 16, 6: si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur. So im Beſonderen die iura agnationis: Gai. I, 158: agnationis — ius cap. deminutione perimitur; III, 21. 27. vgl. Thl. II, 87; dann die B. P. unde liberi: Ulp. 39 ad Ed. (D. XXXVII, 4, 1. § 8): filium habuit et ex eo nepotem; filius — deportatus est; quaeritur, an nepoti noceat. Et verius est — nepotem admittendum (sc. ad B. P.); endlich das Erbrecht im Allgemeinen: Herm. 3 Jur. ep. (D. XXXVIII, 7, 6): nati post — patris — deportationem, sed et hi, qui tempore, quo — deportabatur pater, in potestate fuerunt, — heredes patri non extiterint, sicuti exheredati. Vgl. Thl. II § 11 fg. insbeſondere S. 88.

1795) Pomp. 4 ad Sab. (D. XXXVIII, 8, 5); Ulp. 46 ad Ed. (D. cit. l.

IV. Der vierte Gegenſatz wiederum beruht entſprechender Maaßen in der Modalität der künſtlichen Löſung der Blutsverwandtſchaft, welche neben dem Tode allerdings auch durch cap. dem. maxima vermittelt wird, da letztere die Exiſtenz der Perſönlichkeit ſelbſt vernichtet, bezüglich deren im Uebrigen aber rigor und aequitas verſchiedene Sätze aufſtellen. Und zwar

der rigor läßt die Blutsverwandtſchaft ebenſo durch cap. dem. media (A. 1794), wie minima (A. 1796) zerſtört werden;

die aequitas dagegen erkennt als Aufhebungsgrund der Blutsverwandtſchaft zwar die cap. dem. media (A. 1794), nicht aber die minima an, ausgenommen inſoweit, als die Verwandtſchaft lediglich auf einer der von dem rigor ſtatuirten Modalitäten künſtlicher Begründung beruht[1796]).

V. Endlich der letzte Gegenſatz ergiebt ſich aus der Behandlung der Ehe und Affinität im Rechte. Denn indem einerſeits der rigor, wie unter I dargelegt, in ſtrengſter und ausſchließender Conſequenz das androkratiſche Syſtem der Familienordnung durchführt, ſo konnte dementſprechend die Ehe an ſich und ebenſowenig die Affinität überhaupt für die dadurch Verbundenen eine juriſtiſche Folgewirkung in Recht oder Verbindlichkeit nicht haben. Und dieſer Satz iſt in der That für die unebenbürtige Ehe (ohne manus) durchgeführt. Allein da ſolche Ordnung in anderer Beziehung der Volksanſchauung und deren Anforderungen widerſtrebte, ſo ward für die ebenbürtige Ehe (mit manus) der unter III dargelegte Ausweg einer künſtlichen Begründung des juriſtiſch rele-

---

§ 4), 26 ad Sab. (D. XXIII, 2, 12. § 4); Paul. 4. 35 ad Ed. (D. II, 4, 7. I, 7, 23); Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. § 10); J. Just. I, 10, 3. III, 1, 13. III, 5, 1. 3.

1796) In erſterer Beziehung: Lab. bei Ulp. 40 ad Ed. (D. XXXVII, 4, 8. § 11); Gai. I, 158 (vgl. J. Just. I, 15, 3), III, 27. Pomp. 4 ad Sab. (D. L, 17, 8); Ulp. XXVIII, 9. Paul. 6 ad Plaut. (D. XXXVIII, 10, 5); Modest. 12 Pand. in A. 1795 cit. J. Just. III, 1, 11. Justinian. im Cod. VIII, 48, 10. pr. § 1. In letzterer Beziehung: Jul. 27 Dig. (D. XXXVIII, 8, 3); Ulp. 46 ad Ed. in A. 1795 cit.; Paul. 2 ad Sab. (D. XXXVIII, 6, 4); J. Just. II, 13, 4. III, 1, 11. vgl. Gai. I, 61 (J. Just. I, 10, 2), 11 ad Ed. prov. (D. XXIII, 2, 17. pr.), Paul. sent. rec. II, 19, 4 (Collat. VI, 3, 2). Eine Ausnahme gilt jedoch bezüglich der Ehe zwiſchen Aſcendenten und Deſcendenten: Gai. I, 59 (J. Just. I, 10, 1), 11 ad Ed. prov. (D. XXIII, 2, 55. pr.); Paul. sent. rec. cit.

vanten Verhältniſſes: der Agnation und reſp. Suität zugelaſſen. Und gerade hierin bewahrheitet ſich auf das Schärfſte die ſtrenge und ausſchließende Conſequenz des rigor in Durchführung des androkratiſchen Syſtems. Denn indem das durch die Ehe begründete Verhältniß zwiſchen Gatten an ſich völlig unvereinbar jenem Syſteme widerſtrebte, ſo ſetzte ſich nun der rigor durch einen ſouveränen Machtſpruch über ſolche Thatſache hinweg und ordnete jenes Verhältniß der Wirklichkeit widerſtreitend und ſomit zu einer Fiction greifend: es wird ſolcher Ehe der Effect beigemeſſen, die Gattin mit der Tochter, die Schwiegertochter mit der Enkelin u. ſ. w. des paterfamilias juriſtiſch gleichzuſtellen und ſo die mangelnde Blutsverwandtſchaft auf zugleich künſtlichem, wie fictivem Wege zu erſetzen. Darauf aber beruht die weitere gegenſätzliche Poſition von rigor und aequitas:

der rigor, da er in thesi nur der durch Zeugung begründeten Verwandtſchaft, nicht aber der Affinität zwiſchen den Gatten juriſtiſche Relevanz beimiſſt, erkennt die Ehe an und für ſich und als ſolche nicht als geeigneten Thatbeſtand für Begründung von Rechtsverhältniſſen zwiſchen den Gatten an, vielmehr beſchieht dies nur in fictiver Weiſe, inſofern die Ehegattin juriſtiſch in das Verhältniß der Deſcendentin oder der sua insbeſondere geſtellt wird;

die aequitas dagegen erkennt neben der Blutsverwandtſchaft als ein derſelben analoges und ebenfalls mit Wirkſamkeit Rechtens bekleidetes Verhältniß die Affinität an. Und zwar wird dieſelbe begründet theils durch matrimonium, ſei es iustum, ſei es non iustum, als der römiſchen rechtlichen Ehe, theils durch Verlöbniß, theils durch den concubinatus; dahingegen gelöſt wird dieſelbe theils durch Löſung des ſie begründenden Verhältniſſes, theils durch cap. dem. media, nicht aber durch minima[1797]).

1797) Löſung der Affinität durch Auflöſung von Ehe oder Sponſalien: Ulp. 6 ad Ed. (D. III, 1, 3. § 1), Paul. 71 ad Ed. (fr. Vat. 303), wovon, wie in A. 1796 bezüglich der Ehehinderniſſe eine Ausnahme gilt: A. 1853 fg. 1872 fg., und dann ſingulärer Weiſe auch bezüglich der solidi capacitas: A. 1851, wie bezüglich der a. rer. amot.: A. 1826. — Cap. dem. media: Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. § 11). — Dann Modest. cit. (D. cit. § 10): in adoptionem datus aut emancipatus, quascunque — affinitates —

Dahingegen ist dem rigor von Vorn herein fremd die in spä-teren Zeiten hervortretende (§ 151) Ungleichheit der Geschlechter in Bezug auf die Erbberechtigung, während wiederum die Gleich-berechtigung der Kinder ohne Unterschied der Reihenfolge ihrer Geburt zu allen Zeiten von dem römischen Rechte festgehalten worden ist[1797a]).

Endlich bietet nun auch das Patronat über den Clienten oder Libertus mancherlei und sehr nahe liegende Analogieen mit der Agnation, wie Cognation. Gleichwohl aber ist jenes Verhältniß von dem Rechte niemals dem Gesichtspunkte einer fictiven Ver-wandtschaft, sondern nur einer sehr nahen Parallele mit solcher unterstellt worden, daher in Wahrheit dasselbe nicht dem hier maaßgebenden Thema unterfällt.

Nach Alle dem aber erkennt der rigor drei, resp. vier verschie-dene Kreise an, innerhalb deren die rechtlichen Beziehungen zwischen den betreffenden Individuen auf Blutseinheit beruhen oder gestützt werden: zwischen agnati, insbesondere sodann theils zwischen pater-familias und legitimen Descendenten, wie namentlich sui, theils zwischen consanguinei, und endlich zwischen gentiles.

Dagegen auf Seiten des aequitas treten vier verschiedene Kreise gegenüber: cognati und insbesondere parentes et liberi, affines und insbesondere vir et uxor.

Den so ausgeprägten Gegensatz der Principien aber können wir, dem Sprachgebrauche der Quellen folgend[1798]), bezeichnen als civile und natürliche Verwandtschaft: als civile Verwandt-schaft, weil nicht allein der juristische Effect der natürlichen Ver-wandtschaft durch jnristische Requisite beschränkt ist, sondern auch das Recht der durch rein juristischen Act begründeten, nicht ver-wandtschaftlichen Beziehung zwischen zwei Individuen den Werth und Effect der Blutsverwandtschaft beilegt; und als natürliche

habuit, retinet; — sed in ea familia, ad quam per adoptionem venit — affinis — ei — nemo est, somit entsprechend dem Gesetze in A. 1796; allein auch hier gilt bezüglich der Ehehinderniſſe eine Ausnahme: A. 1875.

1797a) Sonach unter Ausschluß des so manichfach vorkömmlichen Majorates oder Minorates: Grimm, Rechtsalterth. 475. Blackstone, commentaries on the law of England II, 83.

1798) Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. § 2); vgl. Gai. III, 10. Ulp. 26 ad Sab. (D. XXXVIII, 2, 12. § 4).

Verwandtſchaft, weil lediglich der durch naturgeſetzliche Verwandtſchaft und Affinität begründeten Beziehung zwiſchen den Individuen von der aequitas ein juriſtiſcher Effect ſelbſtzeigen beigelegt iſt, wenn immer auch die künſtlich begründete Civil-Verwandtſchaft des rigor reſpectirt wird.

§ 150.

Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien.

1. Bis zur Mitte des ſechsten Jahrh. d. St.

Das Recht des gegenwärtigen Zeitraumes iſt in ſeinen verwandtſchaftsrechtlichen Ordnungen ausnahmelos von dem in § 149 dargelegten Principe des rigor beherrſcht: ausſchließlich die durch Zeugung in iustae nuptiae oder durch deren juriſtiſche Surrogate: arrogatio, adoptio, wie in manum conventio begründete Verwandtſchaft wird Seitens des Rechtes als ſolche anerkannt, vorausgeſetzt im Uebrigen, daß die maaßgebende Perſon nicht von cap. dem. magna oder minima betroffen worden ſei. Mit ſolcher Verwandtſchaft nun wird ein ſechsfältiger, privatrechtlicher Effect verknüpft: die Begründung der patria potestas und reſp. manus, des Inteſtaterbrechtes, des Rechtes auf Tutel, der Pflicht zur Uebernahme der cura furiosi, wie prodigi, der Theilnahme an den von der gens, als juriſtiſcher Perſon, ihren Mitgliedern gewährten Rechten, ſo z. B. am sepulcrum gentilicium, wie endlich auch der Begründung eines Ehehinderniſſes.

Innerhalb jener Verwandtſchaft im Allgemeinen aber ſtatuirt der gegenwärtige Zeitraum drei verſchiedene Verwandtſchaftsverhältniſſe, welche unter einander ſich verhalten gleichwie drei verſchiedene Kreiſe, von denen der größte den mittleren und der letztere wiederum den kleinſten in ſich umſchließt: die Gentilität, welche zugleich die Agnaten umfaßt, während die Agnation wiederum die sui und den paterfamilias umſpannt. Und zwar ergiebt ſich im Einzelnen das ſpecifiſche Unterſcheidungsmerkmal der sui von den Agnaten ſchlechthin daraus, daß der suus oder die sua diejenigen agnatiſchen Deſcendenten ſind, welche unmittelbar der patria potestas oder manus eines paterfamilias unterworfen ſind, d. h. ohne daß zwiſchen ihnen und dem Letzteren ein in näherem

Grade verwandter Descendent in des Nämlichen patria potestas steht[1799]); dagegen das specifische Unterscheidungsmerkmal der Agnaten von den Gentilen ist gegeben in dem Verwandtschafts-Grade allein und schlechthin: die Agnation umfaßt die civilen Verwandten bis zu und mit dem sechsten Grade[1800]), während mit dem siebenden Grade die Agnation aufhört und die Gentilität allein Platz greift[1801]). Und zwar erhellt diese Thatsache aus vier Momenten, nämlich

---

1799) Paul. de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. § 3): proximiores ex agnatis sui dicuntur.

1800) Dieser Grad umfaßt an Ascendenten noch tritavus und tritavia väterlicher Seits; an Descendenten: trinepos, trineptis und trinurus in manu adnepotis; an Collateralen: fratris abnepos, abneptis; patrui pronepos, proneptis; patrui magni nepos, neptis oder sobrinus, sobrina; patrui maioris oder propatrui filius, filia; patruus maximus oder abpatruus und amita maxima oder abamita. — Klenze a. O. 97 erblickt in der Fortführung der Verwandtschaftsgrade bis zu trinepos und tritavus eine rein theoretische Operation ohne practische Anwendbarkeit, da Beide, die Generation zu 30 Jahren gerechnet, 180 Jahre zwischen sich haben. Allein dabei ist die frühe Ehemündigkeit bei den alten Römern übersehen, welche, indem sie dem Manne sofort mit Eintritt der Zeugungsfähigkeit die Ehe gestattete, recht gut nach 20 Jahren eine neue Generation neben die ältere treten ließ; und dann reduciren sich jene 180 Jahre auf 120, ein nicht unmögliches Lebensalter, wie die zahlreichen Beispiele ergeben, welche Phlegon. Trallian. περὶ μακροβίων in fr. hist. Graec. III, 608 fg. ed. Müller, Plin. H. N. VII, 48, 156—164 beibringen.

1801) Weder ist die ältere, z. B. von Chladenius, de gentilitate, Lange, r. Alterth. I § 40 vertretene Ansicht richtig, daß der Endpunkt der Agnation potentiell durch die Nicht-Nachweisbarkeit des Verwandtschaftsgrades bestimmt werde: denn die Beweisbarkeit einer Thatsache ist im röm. Rechte nie und nirgends Rechtsgrund vom Erwerbe eines Rechtes, sondern einzig und allein Voraussetzung seiner Geltendmachung, noch die jüngere, von Niebuhr, r. Gesch. ausgehende Ansicht, daß die Verwandtschaft ein unwesentliches Element der Gentilität sei, da solche Annahme nicht allein mit Varr. L. L. VIII, 2, 4 und Paul. Diac. v. gentiles p. 94 in Widerspruch steht, ohne wiederum aus Cic. Top. 6, 29 entnommen werden zu dürfen (s. A. 1805), sondern auch insofern des nothwendigen, juristischen Stützpunktes entbehrt, als die Quellen durchaus kein Rechtsgeschäft bekunden, welches ein Individuum oder eine Familie oder eine Gens in eine andere Gens als Zuwachs zu deren Gentilbestande unmittelbar d. h. auf anderem Wege einfügte, als durch Arrogation oder Adoption oder conventio in manum. Wegen des späteren Rechtes s. A. 1840.

1. daraus, daß mit dem ſechsten Grade die beſonderen techniſchen Verwandtſchaftsbezeichnungen der Aſcendenten und Deſcendenten abſchließen: vom ſiebenten Grade ab heißen die erſteren ſchlechthin maiores, die letzteren posteriores[1802]), eine Thatſache, die namentlich darin äußerſt ſignificant wird, daß, während der im ſechsten Grade verwandte Deſcendent trinepos heißt, für deſſen im ſiebenten Grade verwandte uxor in manu eine techniſche Bezeichnung nicht mehr gebildet iſt, da trinurus die uxor in manu des adnepos iſt;

2. aus dem Zeugniſſe von

Trebat. bei Paul. de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. § 18): ultimi cognationum (A. 1788) gradus sobrinorum fiunt;

3. aus der Rechtsordnung, daß das Ehehinderniß wegen Seiten-Verwandtſchaft bis zu und mit dem ſechsten Grade der Agnation ſich erſtreckt (A. 1809);

4. aus der Rechtsordnung, daß in der Erbclaſſe der agnati nur Verwandte bis zu und mit dem ſechsten Grade berufen werden. Denn dies insbeſondere bekundet der älteſte uns überlieferte, antike Stammbaum[1803]), welcher, diejenigen Individuen verzeichnend, für die aus ihrer Verwandtſchaft mit dem Defunctus der Rechtstitel ihres Inteſtaterbrechtes ſich ergiebt: „lege hereditates quemadmodum redeant," darunter die sui, consanguinei und agnati[1804]), nicht aber die gentiles[1805]) einordnet. Dieſer Stamm-

---

1802) Paul. sent. rec. IV, 11, 7: septimo gradu, qui sunt cognati, recta linea supra infraque propriis nominibus non appellantur; Veteres bei Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 4, 4. § 2); Paul. de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. § 7).

1803) Bei Huſchke, Jurispr. Antei. hinter S. 534. — Wegen der Veränderung in der Kaiſerzeit ſ. A. 1840.

1804) Die Aſcendenten theils weil ſie für die Figur des Stammbaumes unentbehrlich ſind, theils wohl mit Rückſicht auf das peculium castrense.

1805) Denn die Geltendmachung gentiliciſcher Rechte erheiſcht Nachweis nicht des Verwandtſchaftsgrades, ſondern nur der befugten Führung des Gentilitäts-Namens bei Abſtammung von freigeborenen Vorfahren und ohne Dazwiſchentreten einer cap. dem. Dies und nicht mehr beſagt die Definition des Qu. Muc. Scaev. Pont. bei Cic. Top. 6, 29, für welche ebenſo, wie für die des L. Cinc. bei Paul. Diac. p. 94 (gentiles mihi sunt, qui meo nomine appellantur), nicht hiſtoriſche, ſondern nur privatrechtliche Momente: die thatbeſtändlichen Momente des proceſſualiſchen thema probandum maaßgebend ſind; vgl. A. 1801 und § 153 a. E.

baum aber entſpricht hierin dem Rechte der ausgehenden Republik: indem er als erbberechtigt die sui und suae, die consanguinei und consangnineae, und die agnati, nicht aber die agnatae aufzählt (A. 430), ſowie dem Rechte der angehenden Kaiſerzeit: da er namentlich das S. C. Tertullianum nicht berückſichtigt, demgemäß daher, ſobald für das älteſte Recht die agnatae noch beigefügt werden, damit ohne Weiteres die Perſonengruppe der nach den XII Taf. in den beiden erſten Claſſen Erbberechtigten ſich ergiebt. Und dieſer Stammbaum nun reicht bis zum ſechsten Grade, denſelben, abgeſehen von den agnatae, vollzählig umfaſſend, wogegen derſelbe nirgends in den ſiebenten Grad übergreift.

Im Beſonderen aber iſt an alle die obigen Verwandtſchaftsverhältniſſe geknüpft das Inteſtaterbrecht gegenüber dem ingenuus in der dreifachen Abſtufung der Delation an die sui, die proximi agnati und die gentiles, während gegenüber dem Clienten die agnati ausfielen[1806]). Und zwar wird ſolches Erbrecht der Frau, wie dem Manne in völliger Gleichſtellung deferirt.

Dagegen nur mit Agnation und Gentilität ſind verknüpft das Recht auf Tutel, wie die Pflicht zur Uebernahme der cura furiosi, wie prodigi, und zwar jenes in der Abſtufung der Delation an die proximi agnati und gentiles[1807]), die letztere unter gleichmäßiger Delation an Agnaten und Gentilen[1808]).

Dann wieder auf die Agnation allein und demgemäß in der Seitenlinie bis zu und mit dem ſechsten Grade erſtreckt ſich das Ehehinderniß wegen Verwandtſchaft,[1809]) wogegen auf die Gentilität

---

1806) Vgl. Danz, R. G. § 170.

1807) Proximi agnati: Gai. I, 155. 157. 164. u. a. m. Gentiles: Mommſen, Zwei Sepulcralreden 471.

1808) Varr. RR. I, 2, 8: mente est captus atque ad agnatos et gentiles est deducendus; und Col. RR. I, 3, 1. Paul. 59 ad Ed. (D. L, 16, 53. pr.): dicitur apud veteres: agnatorum gentiliumque, wo Paul. jedoch das que im Sinne von ve faßt; vgl. Ulp. 7 de Off. proc. (D. I, 18, 13. § 1), ſowie § 153 a. E. Der proximus agnatus hätte gar nicht hierher gepaßt, denn dafern derſelbe impubes oder furiosus war, war er doch abſolut untauglich als curator furiosi oder prodigi.

1809) Excerpt aus Liv. XX im Hermes, 1870. IV, 372: P. Celius (? Cloelius) patricius primus adversus veterem morem intra septimum cognationis gradum duxit uxorem. Ob hoc M. Rutilius plebeius sponsam sibi praeripi novo exemplo nuptiarum dicens sedicionem populi concitavit

allein die bezüglichen Mitgliederrechte ſich ſtützen,[1810]) endlich wiederum im Weſen der patria potestas deren Beſchränkung auf Aſcendenz-Verwandtſchaft liegt.

Jener durch das Rechtsgeſetz gegebenen Familien- und Verwandtſchafts-Ordnung tritt indeß innerhalb der Sphäre der mores und des bürgerlichen Verkehres eine zweite ganz ſelbſtſtändige Ordnung gegenüber, welche in doppelter Richtung in einem ſcharfen Contraſte zu jener erſteren ſteht: theils bezüglich des Geſetzes, welches hier für die juriſtiſche Familie geſetzt iſt, theils aber auch bezüglich des Kreiſes ſelbſt der Zuſammenbehörigen, welche als Familie oder Sippe anerkannt werden.

Und zwar was zunächſt jenen erſteren Punkt betrifft, ſo tritt der juriſtiſchen Familienordnung innerhalb der Sphäre der mores eine völlig verſchiedene Ordnung gegenüber, die, geſtützt auf die Geſetze der Natur, wie der Religion, der Moral und der bürgerlichen Sitte an ſich, ein durchaus anderes Bild des Familienlebens enthüllt. Denn wie allenthalben verwandtſchaftliche Zuneigung und Liebe, religiöſe Glaubensſätze, anerzogene ethiſche Grundſätze, überlieferte und eingewurzelte Volks-Sitte, wie -Anſchauung, die Gewohnheit ferner des täglichen und engeren Zuſammenlebens und Verkehres, die Gemeinſamkeit endlich der materiellen Intereſſen; wie allenthalben dieſe Factoren, die Familie nach Innen hin einheitlich zuſammenſchließend und nach Außen hin als ein Ganzes abgränzend, zugleich ein eigenes Geſetz ergeben, welches den wechſelſeitigen Verkehr der Zubehörigen in ſeinen mannichfachen Beziehungen und Bewegungen regelt; wie allenthalben daher das Recht unter allen Lebensſphären, die es beherrſcht, am allerentſchiedenſten innerhalb der Familie die Stellung eines rein ſubſidiären Nothbehelfes einnimmt, ſo daß es nur da, wo jene anderweiten Mächte und Geſetze als unzureichend für die Regelung des Familienlebens ſich erweiſen, in die Stellung des maaßgebenden Familiengeſetzes eintritt; ſo nun bekundet ſich auch

---

adeo, ut patres territi in Capitolium perfugerent; der Vorgang fällt zwiſchen 513 und 535, ſomit in die Zeit der Eheſcheidung des Sp. Carvilius Ruga; vgl. A. 1818.

1810) Vgl. Becker - Marquardt, r. Alterth. II, 1, 44 fg. V, 1. A. 2838. 2840.

zu Rom die durchaus gleiche Erscheinung. Und so daher bietet bis tief in die Republik hinein die gutgeartete altrömische Familie ein vollständig anderes Bild, als jenes ist, worauf die Rechtsordnungen hinweisen: während hier die Familie als ein despotisch regiertes Gemeinwesen sich darstellt, so ist dort dieselbe ein patriarchalisch geleitetes Hauswesen, in welchem von Oben herab zwar die Würde und Hoheit der hausherrlichen Stellung gewahrt, aber doch mit Milde und Gerechtigkeit das Regiment geführt wird, von Unten her dagegen ebenso Achtung, wie Vertrauen und Hingebung dem Oberhaupte entgegengebracht, das Ganze aber von dem Bande der Zuneigung und des Wohlwollens umschlungen wird.

Nicht minder fällt aber auch der gleichen Richtung anheim eine anderweite Thatsache, welche durchaus parallel ist den in § 36 fg. dargelegten Vorkommnissen. Denn nicht nur concurriren ius und mores in Regelung der nämlichen Verhältnisse in der obbezeichneten Weise, sondern es bleiben in ältester Zeit auch zahlreiche Beziehungen des Familienlebens dem Gesetze der mores allein unterstellt, ohne daß das Rechtsgesetz dafür direct concurrirende Normen aufstellte, so daß jenes erstere allein und ausschließlich solche Beziehungen regelt, gestützt in dieser Stellung auf die machtvolle, wie ausgedehnte Herrschaft, welche in ältester Zeit das Gesetz der mores übte (§ 39 fg.). Denn hierunter fällt, daß, während dem Hausangehörigen, sei es uxor in manu, sei es Kind, sei es Sclave oder sonst wer, keinerlei Klag- und Rechtsanspruch wider den paterfamilias zustand und somit dem Letzteren keinerlei Rechtspflicht wider den Ersteren oblag, die bürgerliche Sitte den paterfamilias zum standesgemäßen Unterhalte der Frau und zu deren Schutze, nicht minder zur Fürsorge für geistiges und leibliches Wohlergehen des Kindes, wie auch für Unterhalt und Pflege des Sclaven verpflichtete; daß sodann das Verhältniß zwischen dem Gatten und der nicht in manu stehenden Frau, abgesehen von dem Dotalverhältnisse, einzig und allein durch die Sitte geregelt ward; daß ferner wiederum die Sitte allein die Zusammensetzung des consilium bestimmte, an dessen Beirath der paterfamilias und resp. der tutor mulieris gebunden war, dafern solcher in Ausübung des imperium domesticum seiner sittenrichterlichen Censur oder seines jurisdictionellen Amtes pflog

(A. 1922); und daß endlich von der Sitte allein die Disciplinargewalt des paterfamilias controlirt ward, welche wegen aller Ungehörigkeiten des Sclaven und wegen leichter Vergehen der freien Hausangehörigen neben jenem censorischen und prätorischen Amte des paterfamilias eingriff.

Sodann tritt aber auch neben jene beiden Erscheinungen, denen für unsere Aufgabe keine selbstständige Bedeutung zukommt, die anderweite höchst bemerkenswerthe Thatsache, daß bereits in dieser Periode neben dem von dem Rechte sanctionirten Verwandtenkreise: neben der juristischen Familie sammt Gens innerhalb der Sphäre der mores ein zweiter durchaus verschiedener Verwandtenkreis sich vorfindet: in der Sippe, wie solche gegeben ist ebenso in den natürlich Blutsverwandten oder Cognaten in diesem Sinne, wie in den Affinen. Und zwar wird hier die Affinität ebenso auf iustae nuptiae, wie auf sponsalia, die Cognation aber ebenfalls auf iustae nuptiae, im Uebrigen aber gleichmäßig auf das gynäkokratische System der Geburt, wie auf das androkratische System der Erzeugung gestützt, jedoch beidemal die cap. dem. media als Auflösungsgrund anerkannt. Die zu beiden Kreisen gehörigen Personen aber sind innerhalb der Cognation theils die Ascendenten und Descendenten, theils die übrigen Cognaten schlechthin d. h. die bis in dem fünften Grade Verwandten, sowie die sobrini, sobrinae (Geschwisterenkel) aus dem sechsten Grade (A. 1813), wogegen alle übrigen Verwandten des sechsten oder eines ferneren Grades nicht mehr als cognati anerkannt werden, sonach aber die bürgerliche Sitte den Verwandtenkreis enger begränzte, als das Recht. Dagegen innerhalb der Affinität unterscheiden sich theils die Ehegatten, theils die Verlobten, theils die Eltern und Kinder der ersteren (Schwieger- und Stief-Eltern und -Kinder): socer, socrus, gener, nurus, vitricus, noverca, privignus, privigna (A. 1824).

Und solche Sippe nun, welche durch das Fest der caristia oder cara cognatio alljährlich vereinigt ward,[1811]) wird in ihren

---

1811) Vgl. Klenze, a. O. 14 fg. Preller, r. Myth. 484 fg., insbesondere Val. Max. II, 1, 8: convivium — sollemne maiores instituerunt idque caristia appellaverunt, cui praeter cognatos et affines nemo interponebatur. Dann ist es auch die Sippe, welche hervortritt bei den Matralia, dem Feste

Beziehungen und Verkehre regiert von gewissen durch die mores gegebenen Gesetzen und Ordnungen. Denn so nehmen zunächst in der Rangordnung der Treu- und Gewissenspflichten die cognati und affines ihre bestimmte Stelle ein vor den amici (A. 287). Und unter diese Treu- und Gewissenspflichten fällt vor Allem die Verbindlichkeit, dem Cognaten und Affinen, ähnlich wie dem Clienten gegenüber dem Patrone obliegt (A. 301), in Nothlagen mit Rath und That beizustehen und so nun ebensowohl bei außergewöhnlichen Ausgaben ihm eine Beisteuer zu solchen zu leisten, so bei Verurtheilung desselben zu einer höheren Geldstrafe oder bei Dotirung von dessen Tochter oder zum Loskaufe aus der Kriegsgefangenschaft, als auch bei drängenden Arbeiten durch eigene Mithülfe denselben zu unterstützen, nicht minder aber die demselben widerfahrene Verletzung durch öffentliche Anklage zu rächen.[1811a])

Dann wiederum legt die Sitte den so Verbundenen die Verpflichtung der Familientrauer: das officium lugendi auf und zwar unter Androhung der Infamie (§ 40), wobei die Trauerzeit selbst für Ascendenten, Descendenten von oder über 10 Jahren und Gatten auf ein zehnmonatliches Jahr, für andere Cognaten aber und so wohl auch für Affinen auf acht Monate sich erstreckt.[1812])

---

der Mater Matuta, wo den Matronen das Gebet für das Wohl ihrer Geschwisterkinder oblag: Plut. Cam. 5. Qu. Ro. 17, sowie Preller, a. O. 286; und dann auch wieder in der Sitte, bei gewissen Gelegenheiten gegenseitig sich Geschenke zu verabreichen: A. 304. Im Allgemeinen vgl. endlich noch Plaut. Mil. III, 1, 112 fg.

1811a) Geldbeisteuer: A. 302, sowie Dio Cass. exc. 25 Sturz; Dion. fr. XIII, 5 Mai; Loskauf aus der Kriegsgefangenschaft: App. Ann. 28. — S. 213 fg. vgl. A. 1856. — Zumpt, Crim. Pr. 45: „durch die ganze Geschichte der politischen Criminalanklagen in den großen Familien Roms zieht sich der Gedanken, daß die Angehörigen verpflichtet sind, einander darin beizustehen." — Im Allgemeinen vgl. noch Cic. in Verr. II, 36, 89.

1812) Um Kinder zwischen 3 und 10 Jahren wird nur so viele Monat getrauert, als dieselben Lebensjahre erreicht haben, bei Kindern unter drei Jahren aber tritt gar keine volle Trauer ein: Paul. sent. rec. I, 21, 13. Ulp. ad Ed. (? fr. Vat. 321); Plut. Num. 12. vgl. Fest. v. minuitur p. 154. Die Trauer um Affinen im Allgemeinen ist bereits verschwunden bei Paul. 5 ad Ed. (D. III, 2, 9) und Justinian erkennt nur noch die Trauerpflicht der Wittwe an. Vgl. Klenze, a. O. 32 fg.

Nicht minder greift ſodann in jenen Kreis ein das ſogenannte ius osculi: die durch die Sitte den Cognaten und Affinen eingeräumte Befugniß, wie zugleich auferlegte Anſtandspflicht, die unbeſcholtene Verwandte mit einem osculum (Anſtands-Kuß) als Zeichen verwandtſchaftlicher Zuneigung, Werthſchätzung und Achtung zu begrüßen.[1813])

Ferner, indem bei Ausübung des iudicium domesticum über uxor, nurus etc. in manu durch die Sitte die Zuziehung der nächſten Verwandten der Schuldigen als Beiſitzer des consilium iudicis domestici geboten war, ſo waren ſolches nun deren Cognaten und Affinen, da Jene Agnaten nur in der Familie ihres Mannes hatte.[1814])

Und endlich, indem bei unebenbürtiger Ehe (ohne manus) der Affinität zwiſchen den Gatten keinerlei juriſtiſcher Effect ipso iure zukommt, indem nur die dotis constitutio und etwaige cautio rei uxoriae inſoweit ein ächtes Rechtsverhältniß zwiſchen den Gatten begründet, an und für ſich dagegen ſolche Ehe nur ein rechtlich gebilligtes und mit juriſtiſchen Folgewirkungen hinſichtlich der Deſcendenz ausgeſtattetes Lebensverhältniß, nicht aber ſelbſt ein ächtes und wahres Rechtsverhältniß iſt (S. 184), ſo wird doch wiederum durch die Sitte ebenſo das Verbot der Schenkung zwiſchen den Ehegatten ausgeſprochen,[1815]) als auch das gleiche

---

1813) Ueber die wahre Bedeutung dieſes ius osculi irrt Klenze a. O. 18 fg.; dieſelbe wird jedoch mit voller Beſtimmtheit gegeben von Cic. de Rep. IV, 6, 6: si qua erat famosa, ei cognati osculum non ferebant, ſomit das osculum (im Unterſchiede von suavium und basium) wurde verſagt der beſcholtenen Verwandten und war daher ebenſo Ehren-Recht, wie -Pflicht zwiſchen Verwandten. Im Uebrigen vgl. Cat. bei Plin. H. N. XIV, 13, 90 und Gell. X, 23, 1. Fest. p. 197, 31. Polyb. bei Athen. Deipn. X, 11 p. 440. Plut. Qu. Rom. 6. Tert. Apol. 6. Arnob. adv. Gent. II, 67 (wo die affines ausdrücklich genannt werden); Schol. Veron. in Verg. Ecl. VIII, 29: dann wieder Plaut. Stich. I, 2, 32 fg. und Nervol. bei Tert. cit. Juv. VI, 51. Suet. Claud. 26. Nach Polyb. erſtreckt ſich das ius osculi bis auf die sobrini d. h. auf den 5 Grad und auf sobrinus, sobrina der Verwandten der Frau, wie reſp. ihres Mannes. Im Allgemeinen vgl. noch Moſer zu Cic. de Rep. p. 427.

1814) Vgl. Danz, R. G. § 190 unter f. Voigt, lex Maenia § 9, ſowie A. 1922.

1815) Ulp. 32 ad Sab. (D. XXIV, 1, 1): moribus apud nos receptum

Maaß wechſelſeitiger Pflichten, welches bei der Ehe mit manus als ein durch die mores gegebener Pflichtengehalt ſich vorfindet, auch mit jener Affinität verknüpft, ſo die Pflicht des Mannes zu ſtandesgemäßem Unterhalte der Frau, wie zu deren Schutz, die Pflicht der Frau zu Beaufſichtigung und Verwaltung des Hausweſens, zu Erziehung der Kinder, zu Reſpect und Gehorſam gegen den Mann, und ſo denn nun auch die Diſciplinargewalt des Mannes über die Frau, welche neben dem deren paterfamilias oder tutor zuſtehenden iudicium domesticum eingreift.[1816])

§ 151.

2. Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien von der Mitte des ſechsten Jahrhunderts d. St. bis zum Zeitalter Cicero's.

Indem in dieſem Zeitraume die sanguinis ratio Eingang in das Recht gewinnt und ebenſo die Cognation, wie die Affinität mit juriſtiſcher Wirkſamkeit bekleidet werden, ſo wird die letztere ebenſo auf die Ehe, wie auf das Verlöbniß geſtützt (A. 1824), die erſtere dagegen theils auf Zeugung in römiſch-rechtlichem matrimonium, theils auf die Geburt von der civis Romana, theils auf die nach Maaßgabe des rigor durch Rechtsact begründete Verwandtſchaft innerhalb der dort geſetzten Gränzen (A. 1795). Im Uebrigen wird dem Grundſatze Geltung eingeräumt, daß die cap. dem. minima die natürliche Blutsverwandtſchaft, wie Affinität nicht löſe (A. 1794), was in erſterer Beziehung namentlich in der B. P. unde cognati ſich ausprägt (A. 1825).

Die verwandtſchaftsrechtlichen Ordnungen ſelbſt aber werden in ihrer Entwickelung durch drei verſchiedene Tendenzen beſtimmt: einmal der natürlichen Blutsverwandtſchaft: der Cognation i.e.S.,

---

est, ne inter virum et uxorem donationes valerent; vgl. Carac. bei demſ. (D. cit. 3. pr.); vgl. auch Brinz, Pand. § 283 unter 5. § 284.

1816) Indirect griff allerdings hier allenthalben auch das Recht inſofern ein, als die Verletzung ſolcher Pflichten einen Eheſcheidungsgrund ergab, der Moment aber: cuius culpa divortium factum sit wiederum von weſentlichem Einfluße auf das Schickſal der dos war: Voigt, a. O. § 8. Bedeutungswechſel 10 fg. Wegen der Disciplinargewalt insbeſondere des Ehemannes ſ. Voigt, a. O. 28.

wie der Affinität auch eine juriſtiſche Relevanz und Wirkſamkeit beizulegen; ſodann für den Verwandtſchaftskreis innerhalb des Rechtes eine andere und neue Begränzung zu ſetzen; endlich das Familienvermögen der Familie zu erhalten und deſſen Uebergang in fremde Hände abzuwehren, eine Tendenz, die zwar nicht unmittelbar der sanguinis ratio angehört, vielmehr die Stellung der beiden Geſchlechter innerhalb des Rechtes berührt, wohl aber in ihren Kundgebungen in deren Sphäre übergreift.

Und zwar was zunächſt den zweiten jener drei Momente betrifft, ſo wird zunächſt die Affinität innerhalb des von der bürgerlichen Sitte und Volksanſchauung anerkannten Perſonenkreiſes (§ 150) vom Rechte adoptirt und mit juriſtiſchem Effecte bekleidet: zwiſchen Gatten, Verlobten, wie zwiſchen Schwieger- und Stief-Eltern und -Kindern (A. 1824). Und in der gleichen Weiſe gelangt bezüglich der Cognation i. w. S. die Tendenz zur Geltung, dieſelbe, der Volksanſchauung und Sitte entſprechend (A. 1813), auf den fünften Grad ſammt sobrini, sobrinae zu beſchränken, dagegen aller anderweiten Verwandtſchaft, abweichend vom rigor, die Relevanz zu verſagen, eine Thatſache, welche ſich bekundet in der lex Cincia von 550, lex repetund. in C. J. L. I no. 198, lex Cornelia de iniuriis von 673, lex Julia repetund. von 695, leges Juliae de vi publica und privata von 708[1817]) und ſo

---

1817) Lex Cincia in fr. Vat. 298: sive quis cognatus, cognata inter se, dum sobrinus, sobrina propiusve eos sit, — eis omnibus inter se donare capere liceto; lex repet. im C. J. L. I no 198 lin. 10, wonach vom Proceßpatronate für den accusator ausgeſchloſſen ſind des Angeklagten: [gener, socer, vitricus privignusve — queive ei sobrinus siet pro]piusve eum ea cognatione ati(n)gat; lin. 22, wonach vom Richteramte ausgeſchloſſen ſind des Angeklagten: gener, socer, vitricus privignusve — queive ei sobrinus [siet propiusve eum ea cognatione atingat]; lex Cornel. de iniur. nach Ulp. 56 ad Ed. (D. XLVII, 10, 5. pr.): ut non iudicent, qui ei, qui agit, gener, socer, vitricus, privignus sobrinusve est propiusve eorum quemquam ea cognatione affinitateve attinget; lex Jul. repet. bei Marc. 14 Inst. (D. XLVIII, 11, 1. § 1): licet accipere a sobrinis propioreve gradu cognatis suis, uxore, wo das Nachfolgende von Tribon. abgeſchnitten und zu ergänzen iſt: sponsa, socero, socru, genere, nuru, vitrica, noverca, privigno, privigna; leg. Jul. de vi publ. und priv. nach Ulp. 9 ad Off. proc. (Collat. IX. 2, 3): hi homines inviti in reum testimonium ne dicunto: qui sobrinus est ei reo propioreve cognatione coniunctus quive socer, gener, vitricus privig-

nun auch in der jüngeren Begränzung der verwandtſchaftlichen Ehehinderniſſe.[1818]) Dahingegen wurden durch jene jüngere Abgränzung des Verwandtſchaftskreiſes die altüberlieferten bezüglichen Beſtimmungen hinſichtlich der hereditas legitima, Tutel, wie cura furiosi und prodigi nicht betroffen, während wiederum die bon. poss. unde cognati an die hereditas agnatorum ſich anſchloß und auf den geſammten ſechsten Grad ſich erſtreckte,[1819]) und dann wiederum die ganz ſinguläre Ordnung der lex Furia testamentaria, indem ſie nicht allein den ganzen ſechsten Grad, ſondern auch den sobrino, sobrina natus eximirte,[1820]) daraus ſich erklärt, daß darin eine Conceſſion an den Lebensverkehr enthalten war, dem durch jene lex eine ganz neue Beſchränkung der durch die XII Tafeln eingeräumten Teſtirfreiheit auferlegt wurde. Dagegen ſind es ganz ſpecifiſche Geſichtspunkte, welche die Beſtimmung des Perſonenkreiſes der lex Pompeia de paricidiis von

---

nusve erit. Im Allgemeinen vgl. Cic. de Off. I, 17, 54 f. § 152. — Dagegen iſt ſingulär, daß die lex Cincia bezüglich der constitutio dotis alle cognati ohne jede Gradbeſchränkung eximirte: Paul. 71 ad Ed. (fr. Vat. 305. 306) und daß wiederum rückſichtlich der Excuſation vom Zeugniſſe im Civilproceſſe die Cognaten nur bis zum vierten Grade eximirt werden von der lex col. Jul. Genet. v. 710 c. 95: neve quem invitum testimonium dicere cogito, [q]ui ei, [cuia] r(es) tum agetur, gener, socer, vitricus, privignus, — consobrinus [sit] propiusve eum ea cognatione affinitat[e]ve contingat.

1818) Tac. Ann. XII, 6: coniugia — sobrinarum diu ignorata; Plut. Qu. Ro. 6, wonach das Eheverbot ſoweit reicht, als das ius osculi (A. 1812): Klenze, a. O. 19. Dieſe Ehen im ſechsten Grade mit Ausnahme der sobrina treten als geſtattet bereits zu Ausgang des vorigen Zeitraumes auf: A. 1809.

1819) Dies ergiebt Trebat. bei Paul. de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. § 18) in § 150 unter 2. Wegen des ſpäteren Rechtes ſ. A. 1847. 1849.

1820) Paul. 71 ad Ed. (fr. Vat. 301): lex Furia — sex gradus et unam personam septimo gradu excepit: sobrino natum; vgl. Paul. cit. (fr. Vat. 299), ſowie A. 1847. Die lex fällt zwiſchen die lex Cincia v. 550 und Voconia v. 585; denn das Erſtere iſt daraus zu entnehmen, daß ſie im Anſatze der Verwandtſchaftsgrade, worauf eine permiſſiv geſetzliche Ausnahme von einem generellen Prohibitivgeſetze geſtützt wird, um einen Grad weiter geht, als jene: Schrader in Hugo's civ. Mag. V, 166. Der Einwand von Göppert de leg. Fur. 4 wider dies Argument verfängt nicht, da die Gradbeſtimmung nicht der verwandtſchaftsrechtlichen Ordnungen im Allgemeinen, ſondern der permiſſiv geſetzlichen Ausnahmen insbeſondere das tertium comparationis ergiebt. Vgl. auch Kuntze, Inſt. II, 153 fg.

699 oder 702 ergeben,[1821]) während endlich in den dieſem Abſchnitte angehörigen jüngeren Begränzungen der verwandtſchaftlichen Ehehinderniſſe bis herab auf den dritten Grad der Seitenlinie[1822]) der ganz neue Gedanke zur Verwirklichung gelangt, daß die juriſtiſch anerkannte Verwandtſchaft nicht ſchlechthin, ſondern lediglich bis zu gewiſſem näherem Grade ein Ehehinderniß ergebe. Und der gleiche Geſichtspunkt gelangt auch in dem Edicte Infamia notatur zur Geltung (A. 1824).

Sodann die anderweite Tendenz, das Familienvermögen der Familie zu erhalten und deſſen Uebergang in andere Hände zu behindern, greift in zwei verſchiedenen Rechtsordnungen in die

---

1821) Die lex Pompeia unterſtellte nach Marcian 14 Inst (D. XLVIII, 9, 1. 3), wozu vgl. Paul. sent. rec. V, 24. J. Just. IV, 18, 6 dem paricidium den Mord von folgenden Perſonen: A. von Verwandten: pater, mater, avus, avia, nicht aber fernerer Aſcendenten; dann von filius, filia, Seitens der Mutter (und wohl der nurus Seitens der Schwiegermutter), wie von nepos[, neptis] Seitens avus[, avia], nicht aber innerhalb anderer Deſcendenzverhältniſſe; endlich im 2. Grade der Seitenlinie: von frater, soror; im 3. Grade: von patruelis und matruelis (sc. filii, filiae d. ſ. Neffen, wie Nichten), ſowie von patruus, avunculus, amita und matertera (Hal.), und im 4. Grade von consobrinus, consobrina, nicht aber derer, qui pari proprioreve gradu sunt, d. h. weder im 4. Grade von patruus magnus und dergl. oder von fratris nepos und dergl., noch im 3. Grade von proavus, proavia, pronepos, proneptis; B. von Affinen: theils von vir und uxor, theils von sponsus (nach Maaßgabe von A. 1853. 1855), theils von gener, socer (nach Maaßgabe von A. 1855), socrus, vitricus, privignus, privigna, nicht aber von noverca und sponsa. Den nämlichen Perſonen geſtand man ſpäter die Accuſationsbefugniß zu: Paul. de Poen. (D. cit. 10).

1822) Von dem in A. 1818 feſtgehaltenen Eheverbote ab werden in dem gegenwärtigen Zeitraume die Ehen in immer engeren Verwandtſchaftskreiſen geſtattet; und zwar ſind hierfür zwei verſchiedene Entwickelungsphaſen zu ſcheiden: zuerſt werden geſtattet die Ehen mit der sobrina, wie auch im fünften Grade, ſo daß das Eheverbot bis auf den vierten Grad ſich erſtreckt: Ulp. V, 6 (Collat. VI, 2, 2): inter cognatos — ex trasverso gradu olim quidem usque ad quartum gradum matrimonia contrahi non poterant; und ſodann werden die Ehen geſtattet im vierten Grade und ſo insbeſondere mit der consobrina, ſo daß das Eheverbot auf den dritten Grad ſich beſchränkt: Plut. Qu. Ro. 6: ὀψὲ συνεχώρησαν ἀνεψιαῖς συνοικεῖν, und eine ſolche Ehe bekundet bereits für 583 Liv. XLII, 34, 3; und dann Plut. Ant. 9. Brut. 13 vgl. A. 1863. Eine Ehe in dem fünften Grade erwähnt Cic. p. Cluent. 5, 11.

Sphäre des hier maaßgebenden Principes ein:[1823]) nämlich theils in dem Pflichttheilsrechte, theils in der Minderung des Inteſtaterbrechtes der agnatae, die durch eine zwiefache Operation der Interpretatio herbeigeführt ward: indem man zuerſt zwiſchen die sui und proximi agnati der XII Tafeln als eigene Erbclaſſe die consanguinei einſchob, und ſodann nun den Weibern lediglich in ſolchen beiden erſten Claſſen: als suae und als consanguineae ihr Erbrecht beließ, dagegen in der dritten Claſſe: als agnatae ſolches abſprach (A. 429 fg.).

Endlich die erſte jener drei Tendenzen iſt es, welche ganz unmittelbar die Ueberleitung der von der Volksanſchauung und bürgerlichen Sitte vertretenen, der sanguinis ratio oder aequitas unterfallenden Verwandtſchafts-Verhältniſſe in das Recht, ſomit deren Relevanz-Erklärung auch in juriſtiſcher Beziehung vermittelt: der Cognation i. w. S. und Affinität. Und dieſe Tendenz findet ihre Verwirklichung zuerſt durch die Legislation, welche, wie obbemerkt, normaler Weiſe als maaßgebenden Verwandtſchaftsgrad anerkennt den fünften Grad und aus dem ſechsten Grade noch sobrinus, sobrina, der Affinität dagegen für die Dauer des dieſelben begründenden Verhältniſſes Relevanz beimißt zwiſchen den Gatten, zwiſchen den Verlobten und zwiſchen den Schwieger- und Stief-Eltern, wie -Kindern, und ſo zwar die lex Cincia de donis ac muneribus von 550, lex repetund. in C. J. L. I no. 198, lex Cornelia de iniuriis von 673, lex Julia repetund. von 695, leges Juliae de vi publica und privata von 708, wie reſp. die lex Furia testamentaria von 551—584 und lex Pompeia de paricidiis von 699 oder 702, wie endlich in dem Edicte Infamia notatur.[1824]) Und nicht minder gewinnt jene Tendenz

---

1823) Dagegen ſind in dieſer Beziehung von keinem unmittelbaren Einfluſſe auf die Geſchichte der sanguinis ratio die Einſchränkung der testamenti factio der Frauen, während die Erſchwerung von Schenkungen und Legaten der lex Cincia de donis und der lex Furia testam. und deren Zurückſetzung der sobrino, sobrina nata gegenüber dem sobrino, sobrina natus nur in den oberörterten Richtungen in Betracht kommen.

1824) In Betreff der Cognation i. w. S. ſ. A. 1817. Vir und uxor, sponsus und sponsa, wie socrus, nurus, noverca, privigna kommen gar nicht in Betracht bei den von der lex repetund., Cornelia de ini., den leges Juliae de vi und der lex col. Jul. Genet. berührten Verhältniſſen, daher

auch in dem honorariſchen Rechte ihre Ausprägung: theils in der B. P. unde cognati, wodurch die Cognaten i. w. S. bis zu und mit dem ſechsten Grade zur erbrechtlichen Succeſſion berufen werden,[1825]) theils in der a. rerum amotarum.[1826])

Ingleichen gehört dieſer Tendenz auch an das Pflichttheilsrecht mit ſeiner querela inofficiosi testamenti, ein Inſtitut, welches aus der Spruchpraxis des Centumviralgerichtshofes ſich entwickelt und von der altrömiſchen Auffaſſung des zwiſchen gewiſſen Perſonen obwaltenden officium ausgeht. Denn indem ſolches officium Inbegriff und Träger von Pflichten iſt, welche, die Stellung und Beziehungen des Verpflichteten zu dem anderen Theile regelnd, ſelbſt von der Grundlage des nackten Rechtes ſich abheben, vielmehr der Sphäre der moraliſchen Gewiſſenhaftigkeit: der treuen und redlichen Fürſorge anheimfallen und ſo nun insbeſondere an den Erſteren die Anforderung beſter, wie mög-

---

dieſelben nur den gener, socer, vitricus und privignus nennen: A. 1817. Dagegen werden alle die obigen Affinen aufgeführt von der lex Cincia: Paul. 71 ad Ed. (fr. Vat. 302. 303, wo der gener in der Handſchr. ausgefallen iſt), der lex Furia und lex Pompeia, obwohl in letzterer mit Ausſchluß der noverca und sponsa: A. 1821. Denn was die lex Furia insbeſondere betrifft, ſo excipirte dieſe alle von der lex Cincia excipirten Perſonen: Paul. cit. (fr. Vat. 301); vgl. A. 1820. — Edict in Dig. III, 1, 1. § 11: pro alio ne postulent, praeterquam pro parente — liberisve suis, fratre, sorore, uxore, socero, socru, genero, nuru, vitrico, noverca, privigno, privigna, wozu vgl. Ulp. 6 ad Ed. (D. III, 1, 3. § 1) und A. 1412, und wo die sponsa erſt von der nächſten Periode beſeitigt iſt: A. 1852. Im Allgemeinen vgl. noch Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. § 3—5).

1825) A. 1819. 1795. Dieſe B. P. bekundet Cic. p. Cluent. 60, 165. und Val. Max. in A. 1827; vgl. Cic. Part. Or. 28, 98. Eine neue Anſicht ſtellt auf Leiſt in Glück, Pand. Bücher 37. 38. I, 63 fg.: nur bezüglich der auf civilrechtlich-honorariſchen Titel geſtützten B. P.: sec. tab. und unde legitimi iſt der Delationsgrund im Edict ſpecialiſirt, wogegen bezüglich der auf rein honorariſchen Titel geſtützten B. P. nur eine clausula generalis („si iusta causa videbitur esse" oder dergl.) proponirt iſt; allein dies wird widerlegt durch die B. P. patroni contra suos non naturales (A. 1828), wie ex Carboniano edicto, welche die Specialiſirung rein honorariſcher Delationstitel bekunden.

1826) Dieſelbe iſt bekannt dem Ofil. bei Paul. 7 ad Sab. (D. XXV, 2, 3. § 3). Ihre Extenſion auf den socer gegenüber der nurus gehört dagegen erſt der folgenden Periode an: Atilicin. und Fulcin. bei Paul. cit. (D. cit. 6. pr.); vgl. Brinz, Pand. § 283 unter 4.

lichſter Wahrung und Förderung der Intereſſen des Letzteren richten; ſo gelangte nun gegen Ausgang dieſer Periode die Idee zur Geltung, daß ſolches officium der Kinder gegenüber den Eltern auch in dem Tode noch ſeine Wirkſamkeit übe und insbeſondere die Verpflichtung auferlege, dem anderen Theile, dafern ſolcher nächſter Inteſtaterbe iſt und durch ſein Verhalten nicht ſelbſt jenes officium verwirkt hat, nicht durch Erbeinſetzung eines Dritten ſein Erbtheil zu entziehen, da andernfalls ſolches Teſtament eine Verletzung jenes officium enthalte: inofficiosum ſei; und daß ſodann ſolches officium in dieſer Richtung auch den Eltern gegenüber den Kindern und den Geſchwiſtern gegen einander obliege. Und indem man nun in dieſer erbrechtlichen Beziehung ſolches officium als ächte Rechtspflicht anerkannte, das inofficiöſe Teſtament gleich dem eines Wahnſinnigen, ſomit als nichtig behandelte und in Conſequenz deſſen ſomit dem Verletzten die hered. petitio ab intestato unter der beſonderen Qualification einer querela inofficiosi testamenti, obwohl lediglich in Form der leg. a. sacram. zuerkannte, ſo gelangte man damit zugleich zu einer zwiefältigen ganz eigenthümlichen Conſequenz: zunächſt indem für die Zuſtändigkeit jener Querel lediglich das Vorhandenſein von ſolchem Officium, ſomit in letzter Inſtanz lediglich das naturgeſetzliche Verwandtſchafts-Band an ſich: zwiſchen Eltern und Kindern, wie zwiſchen Geſchwiſtern entſcheidend iſt, ſo bleibt die Gradesnähe der juriſtiſchen Erbberechtigung an ſich ganz unmaaßgeblich: die Querel ſteht ebenſo den in erſter und zweiter Claſſe erbberechtigten sui und consanguinei, als auch den erſt zur B. P. unde cognati Berufenen: den liberi in adoptionem dati oder emancipati, dem pater naturalis, der mater außerhalb der manus mariti, den uterini zu, wogegen ſie anderen näheren Erben: dem agnatus, patronus, gentilis verſagt bleibt; und ſodann indem wiederum nur dem legitimus heres die hered. pet. und ſomit die Querel zuſteht, nicht aber dem bon. possessor, ſo muß nun dem Letzteren auf künſtlichem Wege zu ſolchem Rechtsmittel verholfen werden, was der Prätor durch Ertheilung der B. P. litis ordinandae gratia: einer legitimatio ad causam zu Anſtellung der Querel bewirkte.[1827])

1827) Die Theorie vom Pflichttheilsrechte geht aus von einer inter-

Endlich tritt noch dem rigor direct entgegen die in dem Edicte proponirte B. P. intestati des Patrones gegenüber den sui non naturales des libertus: filius adoptivus, wie uxor, nurus in manu, ſowie die Zulaſſung der B. P. patroni contra tabulas auf dimidia pars gegenüber den Nämlichen,[1828]) Beſtimmungen, die von dem Grundſatze ſich entfernen, daß auch die nach Maaßgabe des rigor künſtlich begründete Verwandtſchaft von der aequitas zu reſpectiren iſt.

Dahingegen auf dem Fundamente des rigor und der civilen Verwandtſchaft behaupten ſich nicht allein die dem erſten Abſchnitte angehörigen Rechtsordnungen und namentlich die patria

---

pretativen Operation, welche das Teſtament, weil inofficiosum (Cic. in Verr. II, I, 42, 107), als quasi furiosi behandelt und deren Organ der Centumviralgerichtshof iſt: S. 291. Bering, Erbrt. 389 A. 1. In dieſer Periode aber wird die Querel bekundet in Anwendung zum Schutze theils der civilen Erben: des Bruders gegenüber dem consanguineus: Val. Max. VII, 8, 4, wozu vgl. Varr. RR. III, 12, 2, und der Tochter gleich als consanguinea gegenüber der in manu mariti geſtandenen Mutter: Val. Max. VII, 8, 2, theils des bon. possessor: des pater naturalis gegenüber dem filius in adoptionem datus: Val. Max. VII, 7, 5 v. J. 684, wozu vgl. Leiſt in *Glück*, Pand. Bücher 37 fg. I, 71 fg., und des filius in adoptionem datus gegenüber dem pater naturalis: Val. Max. VII, 7, 2 aus der Zeit Pompeius und vor 705, wozu vgl. Schmidt, Rt. der Notherben 69 A. 10, ſomit beidemale des zur B. P. unde cognati Berufenen und ſomit vermittelt durch B. P. litis ordin. gr.; vgl. Bering, a. O. 390 A. 3. An der Querel des bon. possessor aber iſt das Merkwürdigſte, daß dieſelbe als leg. a. ſicher nicht ficticia war. Von Fixirung des Pflichttheiles als Quote der Inteſtaterbportion findet ſich keine Spur: vgl. Val. Max. VII, 8, 4. Wegen des Weſens des officium vgl. A. 287. Brinz, Pand. § 245. 282 unter 1. Im Uebrigen vgl. A. 1913 fg.

1828) Gegenüber den sui naturales verſagt ſolche B. P. ebenſo, wie ſpäterhin gegenüber den emancipati und in adoptionem dati: A. 1904. Ueber das Edict ſelbſt ſ. Gai. III, 41 (J. Just. III, 7, 1). 45—47. 50. 52. 53. Ulp. XXIX, 1. 5. 6. Daſſelbe iſt nicht allein älter als die lex Julia et Pap. Popp.: Gai. III, 42, ſondern auch älter, als die a. Fabiana und Calvisiana, deren erſtere i. J. 707 von Qu. Fabius Maximus Sanga, Cos. 709 und ſomit praet. 707 eingeführt ward: vgl. du Rieu, de gente Fabia 422 fg., und deren letztere im J. 708 von C. Calvisius Sabinus proponirt ward, der als propraet. im J. 709 von Cäſar die Provinz Afrika erhielt.: vgl. Pauly, Realenc. I, 104 und ſomit im J. 708 praet. war. Das Vorbild beider Klagen iſt die a. Pauliana.

potestas ſammt manus mariti, hereditas ſammt tutela und cura legitima, ſowie die Ehehinderniſſe, ſondern es tritt jetzt dazu auch noch die B. P. unde legitimi, wie das Notherbrecht, welches, in dem Falle, daß die sui nicht zu Erben eingeſetzt werden, bezüglich der filii und postumi deren exhereditatio nominatim facta, bezüglich der filiae, postumae, neptes, nepotes u. ſ. w. deren exhereditatio nominatim oder inter ceteros facta erfordernd, bei Verletzung ſolchen Gebotes den filii, postumi und postumae hered. petit. ab intestato gab, das Teſtament als ruptum behandelnd, den nepotes, neptes u. ſ. w. dagegen eine perſonale Accreſcenz zum heres institutus verlieh.[1829])

Nach Alle dem aber werden die neuen verwandtſchaftsrechtlichen Ordnungen, welche während des gegenwärtigen Abſchnittes innerhalb der Sphäre des Privatrechtes geſchaffen ſind, zum einen Theile zwar noch auf das Princip des rigor geſtützt: in dem Notherbrechte und der B. P. unde legitimi, allein hierin doch nur beſtimmt durch die beſondere Function ſolcher Ordnungen, während im Uebrigen die Neubildungen auf die sanguinis ratio übertreten, und zwar bezüglich der Cognaten in der B. P. unde cognati, und bezüglich der Cognaten und Affinen in der durch die lex Cornelia geſetzten Ausſchließung vom Richteramte und in den permiſſivgeſetzlichen Beſtimmungen der leges Cincia, Furia, Julia repetund., des Edictes Infamia notatur, wie nicht minder in der Excuſation vom criminellen und civilproceſſualiſchen Zeugniſſe der leges Juliae de vi publica und privata, und lex col. Jul. Genet.; dann in der von den leges Licinia und Aebutia vorgeſchriebenen Ausſchließung von außerordentlichen Magiſtra-

1829) Bezüglich der postumae wird jedoch dann, wenn ihnen gar Nichts im Teſtamente hinterlaſſen iſt, exhered. nominatim facta erfordert. — Das Notherbrecht gehört ſicher dieſer Periode an: Schmidt, a. O. 17 A. 41 und entwickelte ſich aus der Praxis des Centumviralgerichtshofes: Justinian. im Cod. VI, 28, 4. pr. Danz, r. R. G. § 160 überweiſt bereits den XII Taf. die beiden Sätze: die sui heredes haben ein eigenartiges Erbrecht: die domestica hereditas, und: dieſe Eigenartigkeit bekundet ſich unter Anderem darin, daß ſolches denſelben nur durch Exheredation entzogen werden kann, ihre Präterition daher das Teſtament rumpirt; allein für wie richtig ich auch die erſtere Theſe halte, ſo ſcheinen mir doch der zweiten gewichtige Bedenken entgegenzuſtehen.

turen,[1829a]) wie endlich bezüglich der Eltern, Kinder und Geſchwiſter in der querela inofficiosi.

Im Uebrigen ſetzen in dieſer Periode auch gewiſſe verwandtſchaftliche Rechtsordnungen ein, welche, die Verhältniſſe zwiſchen Eltern und Kindern regelnd, auf Geſichtspunkten und Vorausſetzungen beruhen, die, erſt in der nächſten Periode an Bedeutung und Ausdehnung gewinnend, am Geeignetſten dort zur Darſtellung zu bringen ſind (A. 1886).

Endlich gehören dieſem Zeitraume noch an zwei Neuerungen, deren eine von Vorn herein von weittragendſter Bedeutung iſt: die Subſtituirung nämlich des römiſch rechtlichen matrimonium im Allgemeinen an Stelle der iustae nuptiae als Grundlage der Cognation und Affinität, deren andere aber, bereits jetzt zwar in der B. P. unde cognati practiſche Bedeutung gewinnend, doch eine geſteigerte Wichtigkeit erſt in der nächſten Periode mit ihren mannichfachen, auf die Verwandtſchaft zwiſchen Mutter und Kind geſtützten Rechten erlangt: die Modification von der Mutterfolge der nothi durch die lex Maenia de dote von 568. Während nämlich, die geſchlechtliche Verbindung zwiſchen cives romani oder romanae und den des römiſchen conubium nicht theilhaften Peregrinen von Alters her nicht als Ehe galt und dem entſprechend das liberos matrem sequi zur Folge hatte, ſomit aber insbeſondere die in ſolcher Verbindung der Bürgerin mit dem Peregrinen erzeugten Kinder: die nothi[1830]) nach römiſchen Rechtsgrundſätzen zwar cives romani waren, allein weder Agnaten, noch Gentilen und weder Inteſtaterbrecht, noch einen tutor legitimus hatten; ſo vollzog ſich nun bezüglich jener Verhältniſſe in der Mitte des 6. Jahrhunderts d. St. ein ganz ſingulärer Proceß: ein höchſt eigenthümlicher Umſchwung in deren theoretiſcher Auffaſſung. Denn veranlaßt durch das häufigere Vorkommen derartiger ehemäßiger Verhältniſſe, welches

---

1829a) Zur Ausſchließung vom criminellen Zeugniſſe vgl. noch Ser. und Car. bei Ulp. 8 de Off. Proc. (D. XLVIII, 18, 1. § 10), ſowie Geib, Crim. Pr. 337. Wegen der leges Licinia und Aebutia: Cic. de leg. agr. II, 8, 21: Licinia est lex et altera Aebutia, quae non modo eum, qui tulerit de aliqua curatione ac potestate, sed etiam — eius cognatos, affines excipit, ne eis ea potestas curatiove mandetur; vgl. p. dom. 20, 51.

1830) Vgl. Thl. II § 12 und 653 fg. Voigt, a. O. § 13.

insbeſondere für das Jahr 565 ausdrücklich bekundet wird, ſtatuirte jetzt die Volksanſchauung einen potentiellen Unterſchied zwiſchen jenen ehemäßigen Verbindungen und den ſchlechthin außerehelichen Geſchlechtsverhältniſſen: man erkannte die erſteren, unbeſchadet des Grundſatzes der Mutterfolge der Kinder, als wirkliche Ehen: als matrimonium an, ohne jedoch dieſelben ſei es als iustae nuptiae oder iustum matrimonium dem ius civile Roman., ſei es dem ius civile peregrinorum der peregrinen Ehegattin zu überweiſen, ohne aber auch wiederum dieſelben zu einem matrimonium iuris gentium theoretiſch zu geſtalten, indem ja doch die Wirkungen ſolcher Ehe nicht iuris communis omnium hominum waren, vielmehr ebenſo die iustae nuptiae, wie die Ehen der iura civilia peregrinorum weſentlich verſchiedene, ja widerſprechende Rechtswirkungen hatten, wie z. B. die Vaterfolge des Kindes.[1831]) Vielmehr war es ein durchaus generaliſirter Begriff der Ehe im Allgemeinen, der, durch eine reine Abſtraction aus den durch die verſchiedenen iura civilia gegebenen Sondererſcheinungen der Ehe gewonnen, auf die ehemäßigen Verbindungen zwiſchen den des conubium nicht Theilhaften übertragen und hier doctrinell zum non iustum matrimonium conſtruirt ward. Bezüglich der Rechtswirkungen im Beſonderen aber, welche mit ſolcher Ehe ſich verknüpften, fehlte es der Theorie, wie Praxis an jedem Stützpunkte für Entſcheidung der Detailfragen: denn während einerſeits das Weſen des matrimonium gewiſſe Rechtswirkungen der Ehe ohne Weiteres bedingte, ſo reſultirte andrer-

1831) Dies iſt auch bei den matrimonia iuris peregrini Regel: Gai. I, 77. 92, wenn auch nicht ohne Ausnahme: A. 1786. — Wenn irgendwo im röm. Rechte das apud omnes gentes custodiri als weſentliches und conſtitutives Merkmal für die Ueberweiſung eines Rechtsinſtitutes an das ius gentium wirklich verwerthet worden wäre, ſo bot ſich für die obige Ehe die nächſte und faſt dringende Veranlaſſung. Allein dennoch iſt ſolche theoretiſche Conſtruction nicht erfolgt: Begriff, wie Bezeichnung von matrimonium iuris gentium ſind den Römern durchaus fremd, ja vielmehr die techniſche Bezeichnung ſolcher Ehe war non iustum matrimonium: Beil. X § VI. Gleichwohl läßt ſolche Ehe dem ächten ius gentium ſich überweiſen, obwohl mit der Beſchränkung, daß dieſelbe nur dem ius inter cives et peregrinos, nicht aber dem ius inter cives angehört; und dann knüpfen ſich an dieſelbe auch gewiſſe Sätze des ius gentium, ſo bezüglich des incestus iuris gentium, gewiſſe dotalrechtliche Satzungen u. a. m.

ſeits wiederum die mangelnde Qualification als iustum den Wegfall einer Mehrzahl anderer, an die iustae nuptiae ſich knüpfender Effecte. Je gewichtvoller nun aber die hierdurch betroffenen Intereſſen der Gatten und Kinder waren und je unerträglicher ſomit ſolche Zweifel und Ungewißheiten dem Leben wurden, um ſo ſchleuniger erheiſchten auch dieſelben ihre endgültige Löſung. Und dies nun geſchah in der That durch die lex Maenia de dote von 568, welche die beiden wichtigſten, durch jene Zweifel betroffenen Punkte regelte: einmal die Dotalverhältniſſe zwiſchen den Gatten ſammt der a. rei uxoriae, [1832]) wie anderentheils die juriſtiſche Stellung der Kinder. Und zwar bezüglich dieſes letzteren, hier allein in Betracht kommenden Punktes hob die lex Maenia das Princip der Mutterfolge auf und ſubſtituirte demſelben den völlig neuen und im römiſchen Rechte ganz ſingulären Grundſatz: die Kinder folgen der ärgeren Hand, damit nun die Deſcendenz aus der Ehe ebenſo des peregrinus mit der civis romana, wie des civis romanus mit der peregrina dem ius civile des betreffenden peregrinen Gatten überweiſend und damit in einfacher Conſequenz alle verwandtſchaftsrechtlichen Verhältniſſe des Kindes von dem ius civile romanor. ausſchließend (A. 1792):

Cic. Top. 4, 20: si mulier, cum fuisset nupta cum eo, quicum conubium non esset, nuntium remisit, quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur, pro liberis manere nihil oportet;

Boëth. in h. l. p. 304. 362, wozu vgl. Voigt, lex Maenia A. 93;

Gai. I, 78 fg.: quod autem diximus (§ 75) inter civem romanam peregrin[umque conubio non interveniente eum, qui] nascitur, peregrin[um esse, lex Mennia efficit, qua cautum] est, ut si is quidem e matri[monio nascatur,] parentis condicionem s[equatur]. Eadem lege [de

1832) Vgl. A. 1338. Voigt, a. O. § 11 fg. Auch die ſpätere Zeit griff in ſolcher Richtung ergänzend ein, ſo z. B. Pap. 15 Resp. (Collat. IV, 5, 1): civis romanus, qui sine cohubio civem peregrinam in matrimonio habuit, iure quidem mariti eam adulteram non postulat (sc. ex lege Julia de adult.); Macer 1 Publ. (D. XLVIII, 5, 24. § 3): eos ius occidendi (sc. ex leg. Jul. de adult.) habere, qui iure — mariti — accusare possunt.

matrimon]io civis Romani [quoque] ca[vetur, ut] si peregrinam, [cum] qua ei conubium non sit, uxorem [duxerit], peregrinus ex eo coitu nascatur. Sed hoc maxime casu necessaria lex M[en]nia [fuit]. Nam remota ea lege q[ui nascitur] condicionem seq[uitur matris, quia ex ea, cum qua non] est conubium, qui nascitur, iure gentium matris condicione[m] accedit. Qua parte autem iubet lex ex cive romano et peregrina peregrinum nasci, supervacua videtur [esse]; (§ 79) nam et remota ea lege hoc utique iure gentium futurum erat;

Ulp. V, 8: liberi — non interveniente conubio matris condition[i] accedunt excepto eo, qui ex peregrino et cive romana peregrinus nascitur, quoniam lex Men[n]ia ex alterutro peregrino nat[um] deterior[i]s parent[i]s conditione[m] sequi iubet; wozu vgl. 27 ad Sab. (D. I, 5, 24): lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit.

Allerdings zwar wird gegen die Bezüglichkeit von Cic. Top. cit. auf die lex Maenia de dote von Arndts in Ztschr. f. R. G. VII, 10 fg. das Bedenken erhoben, daß, weil Cicero schlechthin sagt: si mulier, cum fuisset nupta cum eo, quicum conubium non esset, solcher Ausspruch ebenso die Ehe des peregrinus mit der civis romana, als des civis romanus mit der peregrina umfasse, somit aber ersteren Falles der nothus, weil „patrem non sequitur," civis romanus sei und diesfalls nun Cicero's Ausspruch nicht der Rechtsordnung der lex Maenia entsprechen würde. Allein wenn ich selbst bei meiner abweichenden Auffassung von Cic. Top. lediglich ein von unserer Jurisprudenz in den zahlreichsten Fällen und ganz allgemein beobachtetes Verfahren angewendet d. h. der Annahme Raum gegeben habe, daß bei Darlegung eines Thatbestandes in den Quellen vielfach ein thatbeständlicher Moment als selbstverständlich vorausgesetzt und sonach stillschweigend übergangen sei, und so nun im Besonderen auch Cicero als selbstverständlich unausgesprochen gelassen habe, daß unter dem Ehemanne ein civis romanus, nicht aber ein peregrinus zu verstehen sei, so ergiebt sich überdem die vollste Berechtigung, ja die unbedingte

Nothwendigkeit jenes von mir beobachteten Verfahrens aus folgenden Momenten. Wie in den zahlreichen juriſtiſchen Vorkommniſſen und Verhältniſſen, welche in Cic. Top. im Allgemeinen zur Sprache kommen, ausnahmelos nur Rechtsverhältniſſe in Frage ſtehen, welche auf das ius civile Rom. im Gegenſatze zu einem ius civile peregrin. ſich ſtützen, ſo gilt Gleiches insbeſondere auch von Top. 4; denn Cic. behandelt hier folgende Vorkommniſſe: argentum omne mulieri legatum: § 13; Fabiae pecunia legata: § 14; uxori a viro argentum omne legatum: § 16; mulieri a viro bonorum ususfructus legatus: § 17; testamentum a muliere factum, quae se capite nunquam deminuit: § 18; viri culpa factum divortium, etsi mulier nuntium remisit: § 19; uxori a patrefamilias ancillarum ususfructus legatus: § 21; mulier, quae viro in manum convenit: § 23. Und zwar da die Rechtsfragen in § 13—18. 21. 23 mit abſoluter Sicherheit nur auf die civis romana bezogen werden können, bezüglich § 19 aber Gleiches aus der Bezugnahme auf das römiſch rechtliche nuntium remittere folgt, ſo ergiebt ſich hieraus, daß Cic. in allen jenen Fällen, den civis allein als das maaßgebendes Subject in das Auge faſſend, gleichwohl dieſen Moment als ſelbſtverſtändlich unausgeſprochen ließ. Hierdurch aber wird nicht nur als zuläſſig, ſondern geradezu als nothwendig die Annahme begründet, daß auch in dem hier fraglichen § 20 der gleiche Sachverhalt obwaltet, ſomit auch hier der Ehemann, deſſen als Debitor maaßgebende Rechtsſtellung in Betracht gezogen iſt, ausſchließlich der civis romanus, nicht aber der peregrinus iſt, wenn gleich dies als ſelbſtverſtändlich nicht ausdrücklich ausgeſprochen iſt. Und hierzu kommt ſodann zweitens, daß Cic. jene Ehe zwiſchen einem peregrinen und römiſchen Ehegatten dem römiſchen, nicht aber einem peregrinen Dotalrechte unterſtellt und um deßwillen ſchlechterdings nicht die Ehe zwiſchen peregrinus und civis romana, als vielmehr einzig und allein die Ehe zwiſchen civis romanus und peregrina in das Auge gefaßt haben kann: denn lediglich die letztere unterfällt dem ius civile Roman., wogegen die erſtere dem ius civile peregrinorum des Ehemannes ſich unterordnet.[1833]) Beide Momente aber ergeben

1833) Beil. XIII § XIV. Beil. XVI § VII. VIII. XIII und insbeſondere Gai. I, 92: civis romana, — si — ex peregrino secundum leges moresque peregrinorum concepit; vgl. I, 77.

in der That, daß die von Arndts bezüglich meiner Benutzung von Cic. cit. erhobenen Bedenken unbegründet sind, vielmehr diese Stelle, wie ich gethan, ausschließlich auf die Ehe des civis romanus mit der peregrina bezogen werden darf. Und diesfalls steht denn nun in der That Cic. cit. auch in vollkommenster Harmonie mit den von Gai. und Ulp. berichteten Rechtsordnungen, so daß wir ebenso diese letzteren der vorciceronianischen Zeit zu überweisen, als auch wiederum unter jener von Gai. und Ulp. erwähnten lex die lex Maenia de dote von 586 zu verstehen haben.

Dieser letzteren Annahme wiederum scheint zwar entgegenzustehen, daß Studemund bei Gai. I, 78 von dem Namen der dort genannten lex die Buchstaben M . n als sicher leserlich, dagegen die Buchstaben . i . icia als halb leserlich bezeichnet und somit zur Lesung Minicia gelangt. Und zwar spricht hierüber derselbe in Mittheilungen antiquarischen Inhaltes aus den Palimpsesten des Gaius S. 8 sich dahin aus: „obwohl der Palimpsest hier äußerst schwer lesbar ist, erkennt man doch ziemlich deutlich die Worte: set hoc maxime casu necessaria lex Minicia: nam remota ea lege u. s. w. Die lex Mensia wird also in eine lex Minicia umzutaufen sein. Die abweichende Lesart Mensia im Codex Vaticanus des Ulpian erklärt sich leicht, zumal wenn man den häufigen Wechsel der Schreibart Minicia mit Minisia und Mincia (vgl. W. Teuffel in Pauly's Realencyclopädie V, 64 fg.) berücksichtigt."

Unter dieser Voraussetzung aber würde allerdings das Gesetz über die Kinderfolge eine lex Minicia und somit verschieden sein von der lex Maenia de dote. Allein jene Voraussetzung selbst erscheint im höchsten Maaße problematisch. Denn zuerst schon ist befremdlich die Angabe, daß das Wort Minicia „ziemlich deutlich" erkenntlich ist; denn wenn in früheren Jahren, wo der Cod. Veron. des Gai. weit leserlicher als jetzt, weil noch nicht durch die Anwendung chemischer Reagentien verderbt war, die Bearbeiter dieses Codex den Namen jener lex absolut unlesbar fanden, so ist schwer zu erklären, wie jetzt nun auf einmal dieser Name „ziemlich deutlich erkennbar" geworden ist. Und sodann, wenn im Cod. Vat. des Ulpian die Lesung Mensia völlig zweifellos ist, so erfordern doch die Grundsätze der diplomatischen Kritik, daß bei Feststellung des Namens jener lex das Hauptgewicht auf die sichere Lesung

gelegt, nicht aber von der graphiſch in Wirklichkeit nur unſicheren Leſung bei Gai. ausgegangen werde. Gegenüber der lex Mensia Ulpian's aber ſind die Formen Minicia und Minisia graphiſch ſo abweichend, daß die Annahme unberechtigt iſt, der Abſchreiber des Vat. habe Mensia irrig für Minicia oder Minisia geſetzt, während wieder die Form Mincia durchaus nicht, wie Studemund ſagt, auf einem häufigen Wechſel der Schreibart für Minicia beruht, vielmehr, ſo weit bis jetzt zu überſehen, überhaupt nur ein einziges Mal und hier als offener Steinmetzfehler in der ſtadtrömiſchen Inſchrift bei Grut. 1014, 6 ſich vorfindet, ſomit alſo nicht zu Schlußfolgerungen auf onomatologiſche Thatſachen benutzt werden kann.

Und endlich iſt es hiſtoriſch äußerſt bedenklich, eine lex Minicia überhaupt anzunehmen, da für die römiſche gens Minucia die Nebenform Minicia gar nicht bekundet iſt, die cisalpiniſche gens Minicia dagegen in der Geſchichte erſt zu einer Zeit auftritt, welcher ſolche lex Minicia gar nicht mehr angehören kann.[1834]) Alle dieſe Gründe aber laſſen es bedenklich erſcheinen, die lex Mensia Ulpian's mit Studemund in eine lex Minicia umzutaufen. Vielmehr iſt es diplomatiſch berechtigter, in ſolcher Mensia eine Mennia anzunehmen, dem entſprechend auch bei Gai. ſei es Mennia, ſei es Maenia zu leſen und dieſe lex ſelbſt dann mit der lex Maenia de dote zu identificiren.[1835])

1834) Es ſind zu ſcheiden die altröm. gens Minucia, Minutia, und die cisalpiniſche gens Minicia, Miniccia (Marini, Atti 500 no. 42), Minisia, Minucia, Minutia; woneben dann noch eine cisalpiniſche gens Minia, Minnia (überdem Minius auch als ſamnitiſches praenomen), ſowie eine ſamnitiſche gens Minacia, Minatia (überdem Minatius auch als ſamnitiſches praenomen) auftreten. Die Formen Minisia und Minicia ſind der röm. gens Minucia völlig fremd (lediglich bezüglich des porticus Minucia tritt Minicia in ſpäteren Inſchriften auf) und wurden gewiß von der gens ſelbſt zur Vermeidung einer Verwechſelung mit den Miniciern planmäßig fern gehalten; vielmehr finden dieſelben ſich nur in der cisalpiniſchen gens Minicia, die aus den entgegengeſetzten Gründen wiederum die Schreibung Minucia gern ſehen mochte. Dieſe gens Minicia aber kann aus zeitlichen Gründen keinen Rogator einer röm. lex, geſchweige denn einer vorciceronianiſchen lex geliefert haben. Vor Weiterführung des Corp. Inscr. Lat. iſt übrigens eine völlig abſchließende Unterſuchung über jene Familien nicht durchführbar.

1835) Voigt, a. O. § 3. Ein C. Mennius Lucii fil. aus Venafrum

Endlich wiederum den von mir in meiner Schrift über die lex Maenia de dote geführten Beweis der Exiſtenz von ſolchem Geſetze hat zu entkräften ſich die Aufgabe geſtellt Czyhlarz, das römiſche Dotalrecht, allein mit Deductionen befremdlichſter Beſchaffenheit.

Zunächſt nämlich iſt dort in § 6 von mir Bezug genommen auf Pol. XXXII, 13, wo geſagt iſt: κατὰ τοὺς Ῥωμαίων νόμους iſt annua, bima, trima die die dos zu reſtituiren, wobei dann κατὰ τὸ παρ' ἐκείνοις ἔθος vor Allem die supellex in der erſten Rate reſtituirt wurde. Und dieſe Worte des Pol. ſind von mir dahin aufgefaßt worden, daß unter νόμοι die lex scripta, unter ἔθος die mores (gleichgültig ob Gewohnheitsrecht oder bürgerliche Sitte) zu verſtehen ſeien. Das nun bezeichnet Czyhlarz S. 3 als „ganz willkührlich": κατὰ τοὺς Ῥωμαίων νόμους bedeute nur „nach dem Rechte der Römer." Wenn nun aber im diametralen Gegenſatze hierzu da, wo νόμος im ſcharf prononcirten Gegenſatze zu ἔθος ſteht, das erſtere ſchlechterdings nicht das Recht überhaupt, als vielmehr einzig und allein die lex scripta bezeichnet, entſprechend hierin dem lateiniſchen leges et mores; wenn ſodann Czyhlarz über dieſe Thatſache mit Leichtigkeit ſich belehren konnte durch Einſichtnahme in ein griechiſches Lexicon, ſelbſt wenn demſelben Stellen nicht zu Gebote ſtanden, wie Pol. VI, 51: παρὰ πᾶν ἔθος ἢ νόμον· 56: ἔθη καὶ νόμιμα· Dion. Hal. VII, 56: ἔθη καὶ νόμιμα· 70: ἔθη καὶ νόμιμα καὶ ἐπιτηδεύματα· Stob. floril. 44: περὶ νόμων καὶ ἐθῶν· Syrian. in Herm. IV, 252 W.: ἰστέον δὲ ὡς τῶν ῥητῶν τοῦτων τὰ μὲν ἔγγραφα, τὰ δὲ ἄγραφα καλεῖται· ἔγγραφα μὲν οὖν νόμοι, διαθῆκαι, ψηφίσματα, στῆλαι· ἄγραφα δὲ, οἷον κηρύγματα, χρησμοὶ, ἔθη u. a. m. vgl. Mylius ad Theoph. II, 1, 2. § 4. im Theoph. ed. Reitz II, 1105; wenn endlich trotz jener Leichtigkeit der Selbſtbelehrung von Czyhlarz ſolche unterlaſſen, vielmehr gegen mich ſelbſt wegen einer durchaus correcten Handhabung der Geſetze der griechiſchen Sprache der Vorwurf des „ganz willkührlichen" Verfahrens erhoben worden iſt; ſo characteriſirt ſich nun nach Alle dem dieſer Vorwurf ebenſo

---

findet ſich übrigens bei Cat. RR. 135, 3, ſo daß in Bezug auf die Formen Maenius und Mennius ein ähnliches Verhältniß obgewaltet zu haben ſcheint, wie zwiſchen Claudius und Clodius, Fusius und Furius und dergl.

als ein unwiſſenſchaftlicher, wie als ein auf das Leichtfertigſte wider mich erhobener. Und wenn dann Czyhlarz den Vorwurf des „ganz Willkührlichen“ noch in den Worten zu begründen ſucht: „einmal kann das Wort νόμος unmöglich mit der römiſchen lex identificirt werden und außerdem deutet auch ſchon der Plural an, daß es hier nicht in dieſer Bedeutung genommen ſein kann, da man ja dann bereits mehrere dieſe Frage betreffende leges vorausſetzen müßte,“ ſo konnte in der erſteren Beziehung jedweder, römiſche Verhältniſſe behandelnde griechiſche Text darüber belehren, daß die Griechen das römiſche lex in der That niemals anders als durch νόμος wiedergeben, ſomit alſo νόμος in der That profeſſionell das lateiniſche lex vertritt, ſo Polyb. VI, 14. 16., Dion. Hal. in zahlreichen Stellen u. a. m. Dagegen beim zweiten Argumente iſt völlig überſehen, daß νόμος, wie lex nicht bloß die lex scripta, ſondern zugleich das einzelne Capitel der lex scripta bezeichneten, woraus nun die Ausdrucksweiſen ſich erklären bei Dion. X, 57: οἱ δέκα ἄνδρες συγγράψαντες νόμους· — οὐθενὸς ἔτι μεμψομένου τοῖς νόμοις· — ἐπικυρώσαντος — τοῦ δημοῦ τοὺς νομοὺς· c. 60: τοῦς λοιποὺς συγγράψαντες νόμους ἐν δέλτοις οὖσι, ſowie anderntheils von leges XII tab. oder leges Oppiae bei Tac. Ann. III, 33 oder in den von Nipperdey zu dieſer Stelle beigebrachten Belegen. Und ſo erklärt ſich auch bezüglich der lex Maenia insbeſondere Proc. 11 Epist. (D. XXIII, 4, 17): statuto legibus tempore, und Paul. 3 ad Ed. (D. II, 14, 27. § 2): tempore legibus dato, wie das Referat über die Gerichtsverhandlung in iure bei Paul. 8 Resp. tit. de Re uxoria (fr. Vat. 112), wo die Klägerin ſagt: peto — ex legibus et edictis dotem.

Sodann habe ich in § 4 Bezug genommen auf Dion. Hal. II, 25, wo derſelbe ſagt: Romulus erließ keine νόμους über gewiſſe dotalrechtliche Sätze. Und hierauf nun habe ich die Folgerung geſtützt: weil Dion. ſicher nicht die Aufgabe ſich ſtellte, alle Differenzen zwiſchen dem Rechte ſeiner Zeit und des Romulus anzugeben, ſo muß eine beſondere Veranlaſſung gegeben geweſen ſein, wenn derſelbe bezüglich des Dotalrechtes insbeſondere ſolche Differenz angiebt, und als ſolche Veranlaſſung iſt nur denkbar, daß Dion. ein Geſetz kannte, welches die Beſtimmungen enthielt, die derſelbe in den Geſetzen des Romulus als nicht enthalten bezeichnet. Dieſe Deduction nun wird von Czyhlarz S. 3 als

„ganz ungerechtfertigt," wie als „ganz willkührlich" bezeichnet. Allein mit ſolcher Invective iſt weder etwas deducirt, noch bewieſen, noch entkräftet; vielmehr wäre darzulegen geweſen, auf welche andere Weiſe jenes obige Verfahren des Dion. eine befriedigende Erklärung gewinne. Allein über ſolche Dinge wird geſchwiegen: mit der Invective der Willkührlichkeit vermeint der Genannte von der ihm obliegenden Pflicht einer wiſſenſchaftlichen Unterſuchung des Sachverhaltes ſich frei gemacht zu haben.[1836])

Drittens wird mir S. 4 entgegengehalten: das Geſetz über die Kinderfolge „ſteht mit dem Dotalrecht an und für ſich in gar keiner Beziehung und iſt in ſeiner Dispoſition über den Stand der Kinder zu wichtig, um gelegentlich in einem Dotalgeſetze abgethan zu werden." Allein dieſe ganz moderne Reflexion ſteht in directem Widerſpruche mit Cic. Top. 4, 20, welcher expreß bekundet, daß in der That die Kinderfolge mit dem Dotalrechte in einer Beziehung ſteht; und anderntheils haben wiederum die lex Aelia Sentia und Junia Norbana bei ihren Sätzen über die causae probatio die Dispoſition über den Stand der Kinder durchaus nicht für zu wichtig angeſehen, um ſolche gelegentlich in einem Manumiſſionsgeſetze abzuthun.

Endlich in Bezug auf Cato's Orat. de Dote wird S. 5 behauptet, dieſelbe ſei identiſch mit deſſen suasio legis Voconia. Allein vor Allem wird Czyhlarz ſich ad causam zu legitimiren d. h. nachzuweiſen haben, daß er mit Cato's Reden überhaupt einigermaaßen ſich beſchäftigt habe; denn dann erſt kann irgend welche Beachtlichkeit jenem Urtheile zukommen, welches ebenſo mit unſerer modernen Philologie, wie mit Gellius in Widerſpruch tritt, dagegen aber das Räthſel ſtellt, wie denn wohl Cato dazu

1836) Ueberdem bemerkt Czyhlarz a. O. A. 8, die Stelle von Dion. beweiſe zu viel, da man danach annehmen müſſe, daß die Einführung der dotalrechtlichen Reſtitutionspflicht überhaupt auf einer lex beruhe; allein zu ſolcher Annahme zwingt gar Nichts; Dion. ſpricht nur von geſetzlichen Beſtimmungen bezüglich der Reſtitution der Dos und dieſe ſind in der That durch die lex Maenia eingeführt worden: Voigt, a. O. 14. 58. Und ſodann A. 8a: die von Dion. angegebenen dotalrechtlichen Beſtimmungen und ſo daher auch betreffs der Reſtitution der Dos ſeien durch ein Geſetz der auguſteiſchen Zeit eingeführt worden; allein zu Auguſt's Zeit galt der julianiſche Calender, jene Reſtitutionsfriſten aber ſtützen ſich bekanntlich auf das romuliſche zehnmonatliche Jahr.

gekommen sei, in seiner suasio legis Voconiae das Dotalrecht als Hauptthema seiner Rede zu behandeln.

Andrerseits dagegen stellt Czyhlarz mir die beiden Sätze entgegen, zunächst: die lex Maenia enthält familienrechtliche Bestimmungen über das Verhältniß des Vaters zum Sohne (S. 4), ein Satz, der ebenso unerwiesen, wie unwahr ist, weil diesfalls Gai. Inst. I jene lex in solcher Beziehung hätte erwähnen müssen; und sodann: die von mir selbst der lex Maenia überwiesenen Satzungen seien vielmehr gewohnheitsrechtlich (S. 6). Allein auch dieser Satz ist ebenso unerwiesen — natürlich aber, weil von Czyhlarz als Orakel verkündet, durchaus nicht „ganz willkührlich" —, wie unwahr. Denn unwahr ist solches zunächst bezüglich der Restitutionsfristen, welche von Czyhlarz selbst S. 356 auch wieder „auf irgend ein älteres Gesetz" (!) zurückgeführt werden; unwahr ist solches sodann bezüglich des iudicium de moribus, weil dieses an Stelle des iudicium domesticum in der besonderen Function als Ehescheidungsgericht eintritt, dieser Vorgang selbst aber um so mehr außerhalb der Sphäre der Volksgewohnheit fällt, als vielmehr von der letzteren noch Jahrhunderte hindurch das iudicium domesticum im Allgemeinen auch über die Ehefrau aufrecht erhalten ward (A. 1923); und unwahr ist solches endlich auch bezüglich der adiunctio filiae, da diese Rechtsordnung so durchaus anomal und dem ius commune widersprechend ist, daß sie unmöglich aus der Volksgewohnheit hervorgegangen sein kann, die ja normalen Rechtsstoff, nicht aber völlig exceptionelle Rechtssingularitäten schafft und trägt.[1836a])

Jenes gesammte Verfahren an sich aber von Czyhlarz, indem derselbe Anderen gegenüber unter der Maske des gewissenhaften Kritikers die Rolle eines gegnerischen Anwaltes übernimmt, der ohne weitere Prüfung jedwedes nur erfindbare Scheinargument zur Geltung zu bringen sucht, selbst aber rein ersonnene und völlig unerwiesene Hypothesen aller Art vorträgt; solches Verfahren erinnert denn doch sehr lebhaft an die Rolle vom Junker Alexander.

1836a) Czyhlarz a. O. 304 A. 16 beruft sich auf die querela inofficiosi testamenti; als ob diese aus Volksgewohnheit und nicht aus richterlicher Spruchpraxis (A. 1827) hervorgegangen sei, und als ob diese eine ähnliche völlig exceptionelle Rechtssingularität enthalte.

§ 152.

3. Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien vom Beginn der Kaiſerzeit bis Diocletian.

Bereits zu Ausgang der vorigen Periode ſtützte Cicero ſeine societas propinquorum, als des engſten Kreiſes der die Menſchen gruppirenden societates (Thl. I § 46) auf die Sippe und sanguinis ratio, wie auf das ius naturale:

de Off. I, 17, 54: nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant lubidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus (ſ. A. 1944): communia omnia. — Sequuntur fratrum coniunctiones, post consobrinorum sobrinorumque, qui cum una domo iam capi non possint, in alias domos tamquam in colonias exeunt. Sequuntur connubia et adfinitates, ex quibus etiam plures propinqui. — — Sanguinis autem coniunctio benevolentia devincit homines et caritate.

Und an dieſe philoſophiſche Lehre knüpft ſich nun unmittelbar an das wichtigſte und folgenreichſte Ereigniß, das während der gegenwärtigen Periode in der Geſchichte der sanguinis ratio ſich vollzieht: die doctrinelle Anerkennung derſelben Seitens der Rechtstheorie ebenſo als eines der aequitas oder bona fides oder dem dolus malus unterfallenden Rechtsprincipes, wie auch als eines von dem ius naturale getragenen Poſtulates.[1887]) Denn

---

1887) § 125. 140. Im Beſonderen die bona fides ſpecialiſirt ſich hier auch zur pietas, ſo z. B. Teſtament bei Scaev. 21 Dig. (D. XXXVI, 1, 78. § 2): Tu, frater, secundum fidem et pietatem tuam — — Stiche, filio tuo, restitues; Marc. 4 Inst. (ſ. S. 291); Jul. 10 Dig. (D. XII, 6, 32. § 2); vgl. Brinz, Pand. § 245 a. E., Danz, R. G. § 163; oder auch zum affectus, affectio, ſo bei A. 1569 und in J. Just. IV, 18, 6. Wegen des ius naturale insbeſondere vgl. z. B. Ulp. 2 de Off. Cons. (D. XXV, 3, 5. § 16): parens — ali a filio ratione naturali debeat; 1 Opin. (D. XXXVII, 15, 1. § 1): inter — matrem et filium pietatis ratio secundum naturam salva esse debet; Paul. 2 ad Sab. (D. XXXVIII, 6, 4): si naturales emancipati et adoptati iterum emancipati sint, habent ius naturale liberorum; de Port. quae lib. damnat. conc. (D. XLVIII, 20, 7. pr.): quum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentum hereditatem addiceret; Callistr. 2 Quaest. (D.

daran allenthalben knüpft sich einestheils die Anerkennung der sanguinis ratio als eines Interpretationsprincipes (§ 27 unter 4 a), als auch anderntheils die gesteigerte Wirksamkeit derselben als legislativen Principes: die rasche und weitgreifende Ausdehnung ihres Gebietes innerhalb des Rechtes, wie nicht minder auch die besondere Consequenz, daß die Centralorgane der bona fides: die bon. fid. a., exc. doli mali und resp. a. ex stipulatu zur processualischen Geltendmachung auch der sanguinis ratio berufen seien, ein Satz, der zwar in beschränkteren Gränzen eine practische Verwirklichung gewann bei der bon. fid. a. und a. ex stipulatu in ihren aggressiven Functionen, dagegen in seiner ganzen Consequenz practisch, wie theoretisch sich ausprägte in der exc. doli mali, wie in der der bon. fid. a. entgegentretenden defensio ipso iure (§ 129. 132).

Im Besonderen aber sind es drei verschiedene Tendenzen, welche innerhalb der sanguinis ratio hervortreten: theils, wie obbemerkt, die verwandtschaftlichen Satzungen mehr und mehr auf die aequitas oder sanguinis ratio zu fundiren, theils die hierbei maaßgebenden Verwandtschafts-Grade auszudehnen, theils endlich die Grundlagen an sich von Beiden zu vermehren, woneben dann endlich vereinzelt auch noch die Tendenz einer Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts gegenüber dem männlichen nachwirkt: in der Bevorzugung der consanguinei gegenüber den consanguineae Seitens des S. C. Tertullianum (A. 1900).

Und zwar was zunächst jene dritte Tendenz betrifft, so wird theils zu Ausgang dieser Periode in Bezug auf die Ehehindernisse dem concubinatus der Effect der Affinität beigemessen von Sev. Alex. im C. Just. V, 4, 4 (liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt), theils wird auch der servilis cognatio und resp. affinitas des Freien mit einem Sclaven oder Freien in mehrfacher Beziehung Rechtswirksamkeit beigemessen: in dem Rechtssatze, daß solche Verwandtschaft unter das Verbot der in ius vocatio falle, wie auch berechtige, statt des legirten

---

L, 16, 220. § 3) natura nos — docet parentes pios, qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, filiorum appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineri etc.; dann Plin. Pan. 38. 39. vgl. mit c. 37. Sulp. Vict. J. O. 48 u. a. m.

Sclaven deſſen Werth zu leiſten, nicht minder in der Anerkenntniß derſelben als Ehehinderniß, wie als iusta causa manumissionis,[1838]) wogegen endlich die Relevanz-Erklärung der peregrinen Cognation Seitens des ius civile nur in beſonderer Beziehung zu den Latini und gleich als deren ſinguläres Privileg ausgeſprochen wird.[1839]) Auf der anderen Seite da-

1838) In ius vocatio: Lab. in A. 1886. — Legat: Ulp. 51 ad Ed. (D. XXX, 1, 71. § 8) vgl. A. 895. — Ehehinderniß gegenüber pater, mater, soror, sororis filia, und quasi noverca, quasi nurus, quasi socrus: Pomp. 5 ad Sab. (D. XXIII, 2, 8); Ulp. 3 Disp. (D. cit. 56); Paul. 35 ad Ed. (D. cit. 14. § 2. 3). J. Just. I, 10, 10. Theoph. in h. l. — Justa causa manumissionis bezüglich pater, mater, filius, filia, frater, soror: Gai. I, 19. 39. Marcell. bei Ulp. de Off. Cons. (D. XL, 2, 20. § 3), Ulp. 6 de Off. Proc. (D. cit. 11), 2 ad l. Ael. Sent. (D. cit. 12), J. Just. I, 6, 5. Nicht dagegen bezüglich der patria potestas: Ulp. XII, 3. 4 ad l. Jul. et Pap. (D. I, 7, 46); B. P. unde cognati: Ulp. 4 ad Ed. (D. XXXVIII, 8, 1. § 2), Modest. 6 Reg. (D. cit. 7); J. Just. III, 6, 10); hereditas ex S. Cto Orphit.: Paul. sent. rec. IV, 10, 2.

1839) Solche Privilegien bezüglich der Latini ingenui ſind folgende: zuerſt dafern Latinen-Familien die Civität erlangten, verliehen die Kaiſer mehrfach durch personalis constitutio zugleich theils die iura cognationis: Plin. Pan. 37, theils die patria potestas insbeſondere: Plin. cit. (eandem immunitatem in paternis bonis filio tribuit, si modo redactus esset in patris potestatem), womit beidemal die bezüglichen civilen Inteſtaterbrechte ſammt Immunität von der lex Jul. vices. verbunden waren. Dieſe Praxis beſtand bis nach Nerva und es iſt ein Irrthum, wenn Bachofen, ausgew. Lehren 390 annimmt, derſelbe habe allgemein auch der Mutter und den Kindern gegen einander die iura cognationis ertheilt, da vielmehr das Gegentheil bekundet wird von Plin. cit.: sanxit, ut, quod ex matris ad liberos, ex liberorum bonis pervenisset ad matrem, etiamsi cognationum iura non recepissent, cum civitatem adipiscerentur, eius vicesimam ne darent, wonach alſo Nerva der Mutter und den Kindern lediglich die vicesima erließ, dafern dieſelben ex testamento einander beerbten, wogegen ein Inteſtaterbrecht denſelben gegen einander gar nicht zuſtand. Wohl aber verleiht nun Trajan ſolchen Neubürger-Familien durch lex generalis ebenſo die iura cognationis innerhalb des Kreiſes der decem personae des Edictes (A. 1915): Plin. cit. 38. 39. vgl. Thl. II A. 79. S. 734 fg., als auch reſp. die patria potestas: Gai. I, 95. Und damit nun erlangen die Betreffenden zugleich die bezüglichen Inteſtaterbrechte ſammt Immunität von der vicesima (Thl. II A. 831), ſomit insbeſondere B. P. unde liberi: Ulp. 2 Inst. (Collat. XVI, 7, 2): suis praetor solet emancipatos liberos itemque civitate donatos coniungere data bon. possessione; ſodann B. P. unde legitimi: der sui, suae, ſpäter der filii, filiae ex S. C. Orph., der consanguinei, consanguineae und der mater ex S. C. Tertull., wie der agnati, die indeß, wie bemerkt, nur dem

gegen tritt in dem honorariſchen Erbrechte die rückläufige Bewegung zu Tage, abweichend von der in der vorigen Periode eingeſchlagenen Richtung, bei B. P. unde liberi, wie contra tab. (A. 1910) den Grundſatz aufzugeben, daß die datio in adoptionem die Cognation mit der familia naturalis nicht löſe (A. 1796), indem vielmehr den betreffenden Deſcendenten dieſe Succeſſionsrechte verſagt werden, wohingegen dieſer Richtung nicht allein die Rechtswiſſenſchaft entgegentritt (A. 1907—1910. 1913. 1895), ſondern auch die Legislation: die lex Papia Poppaea, wie die S. Cta. Tertull. und Orphit.[1839a]) Dahinwiederum bezüglich der

---

pater und avus paternus zu kommt, während wiederum die Deſcendenten nur bis zu nepos, neptis herab die B. P. haben; endlich die B. P. unde cognati: nepos, neptis ex filia, avia paterna, avus, avia materni, reſp. gegenüber der neptis ex filia avus paternus, frater, soror uterini. Sodann zweitens kommen hierzu gewiſſe Privilegien der zur Civität gelangten Latini gegenüber ihrer latiniſchen Deſcendenten und Aſcendenten; denn ebenſo hat die mater civis romana ein tertullianiſches Erbrecht gegenüber den filii, filiae Latini: Paul. sent. rec. IV, 9, 8: Latina ingenua ius Quiritium consecuta, si ter peperit, ad legitimam filii hereditatem admittitur, wie das zur Civität gelangte Kind die B. P. unde liberi gegenüber dem pater latinus ingenuus, worauf der obcitirte Ulp. 2 Inst. (Collat. XVI, 7, 2) hinweiſt, und wobei nun beidemal das edictum peregrinum die betreffenden Clauſeln darbot; vgl. A. 1904. Endlich drittens ſind zweifelsohne auch auf die Latini unter ſich manche verwandtſchaftsrechtliche Ordnungen übertragen worden, ſo bezüglich der Ehehinderniſſe: vgl. A. 1838, bezüglich des Erbrechtes: A. 1904, bezüglich der Alimentationspflicht zwiſchen Aſcendenten und Deſcendenten. Allein außerhalb dieſer ſingulären Beziehungen greift nun das ius commune Platz: insbeſondere das S. C. Orphit. gab nur den cives romani, romanae Erbrecht: A. 1901, erlitt ſomit auch keine Anwendung auf Latini ingenui: Paul. sent. rec. IV, 10, 3: ad legitimam intestatae matris hereditatem filii cives romani, non etiam Latini admittuntur. Und Gleiches ergiebt ſich bezüglich des S. C. Tertull. daraus, daß es nur der Mutter mit ius liberorum zuſteht, indem ja durch letzteres die Latina die Civität erlangt. Und andrerſeits wird nirgends die Uebertragung verwandtſchaftsrechtlicher Ordnungen auf die Peregrinen im Allgemeinen angedeutet; vgl. A. 1792 fg. Ulp. 12 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 1. § 8).

1839a) Ulp. 12 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 1. § 8): vetus sola hereditas, quae lege XII tab. defertur, capitis deminutione perimitur; novae vel ex lege vel ex S. Ctis delatae non perimuntur capitis deminutione, und ähnlich Pomp. 10 ad Qu. Muc. (D. XXXVIII, 16, 11); dann bezüglich der lex Papia Popp.: Ter. Clem. 10 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXVIII, 2, 39): patroni filia, si in adoptiva familia sit, ad bona libertorum paternorum admittitur; be-

Emancipation wird von dem prätor. Edicte nicht minder, wie von der Legislation und Rechtswiſſenſchaft an dem leitenden Geſichtspunkte feſtgehalten, daß dieſe die Cognation mit der naturalis familia nicht zerſtöre, wenn immer auch in dieſem Punkte die Legislation und Wiſſenſchaft noch weiter gehen, als das Edict (A. 1905. 1906).

Das gynäkokratiſche Syſtem im Beſonderen aber wird wiederum von dem honorariſchen Rechte in der B. P. unde liberi, wie contra tab. nicht adoptirt, dagegen, wie von der Rechtsbildung im Allgemeinen, abermals von der Legislation in dem Erbrechte insbeſondere mit Entſchiedenheit vertreten: zunächſt von der lex Papia Poppaea, inſofern dieſe dem filius patronae mit einem Kinde eine Succeſſion in das Patronat verleiht;[1839b]) dann von dem S. C. Tertull. und Orphit., wie endlich in der den Frauen beigemeſſenen Fähigkeit, mittelſt kaiſerlichen Reſcriptes eine Adoption vorzunehmen, die ſonach weder patria potestas und Suität, noch Agnation, wohl aber Mutter- und Kindſchaft, wie Cognation begründet.[1839c])

Was ſodann die erſte jener drei Tendenzen betrifft, ſo behaupten ſich von den auf die civile Verwandtſchaft geſtützten, überlieferten Inſtituten auf ſolchem Fundamente lediglich die patria potestas, das Inteſtaterbrecht der XII Tafeln und die entſprechende B. P. unde legitimi, wie die legitima tutela und cura furiosi und prodigi, während die manus mariti mit der conventio in manum unterging. Dagegen von den von der vorigen Periode anerkannten vier civilen Verwandtſchaftsgraden erhalten ſich die Deſcendenz und die Suität insbeſondere, die Conſanguinität, wie

---

züglich der S. Cta: J. Just. III, 4, 2: sciendum est huiusmodi successiones, quae a Tertulliano et Orphitiano deferuntur, capitis deminutione non perimi propter illam regulam, qua novae hereditates legitimae capitis deminutione non pereunt, sed illae solae, quae ex lege XII tab. deferuntur; vgl. Honor. et Th. im C. Th. V, 1, 6. Anders dafern die cap. dem. die rein civile Verwandtſchaft löſt: A. 1903.

1839b) Gai. III, 53: eadem lex patronae filio liberis honorato c(ivi) r(oman)o patroni iura dedit; Paul. not. ad Pap. 13 Quaest. (D. XXXVIII, 2, 42. pr.)

1839c) Ulp. 5 Opin. (D. V, 2, 29. § 3), Diocl. im C. Just. VIII, 48, 5. J. Just. I, 10, 11.

die Agnation in Geltung, während wiederum die Gentilität in der gegenwärtigen Periode ihren Untergang erfuhr.[1839d]) Im Beſonderen aber dieſer letztere Vorgang hatte zur Folge, daß nunmehr einerſeits die Beſchränkung der Agnation auf den ſechsten Grad (§ 150) aufgegeben und ſo namentlich die hereditas legitima, wie die B. P. Unde legitimi ganz unbegränzt deferirt wurden,[1840]) und anderntheils wiederum für die durch Untergang der Gentilität in Wegfall gekommenen Vortheile der Lebensverkehr auf andere Weiſe einen Erſatz zu gewinnen ſtrebte, ſo namentlich durch familienfideicommiſſariſche Errichtung von sepulcra familiaria,[1841]) wie durch den neu eingeführten Familienrath (§ 153 a. E.).

Im Uebrigen dagegen werden ebenſo alle überlieferten verwandtſchaftlichen Ordnungen des rigor auf die Cognation oder Affinität übergeleitet: die Ehehinderniſſe und das Notherbrecht, als auch alle neu geſchaffenen Ordnungen auf ſolche Baſis fundirt.

Was endlich die Abgränzung der relevanten Cognations-, wie Affinitätsgrade anbetrifft, ſo wird zunächſt die Verwandtſchaft in der Seitenlinie um einen vollen Grad erweitert: während in der zweiten Hälfte der vorigen Periode dieſelbe den fünften Grad und aus dem ſechsten Grade die sobrini, sobrinae umfaßte (A. 1817), ſo ward jetzt nach dem Vorgange der lex Furia testam. (A. 1820) die Verwandtſchaft auf den ſechsten Grad und aus dem ſiebenten Grade[1842]) auf den sobrino, sobrina natus, wie weiterhin auch auf die sobrino, sobrina nata erſtreckt. Und zwar wird jene erſtere Abgränzung des Cognatenkreiſes, entſprechend hierin der lex Furia, adoptirt zunächſt von der Legislation: in der lex

---

1839d) Gai. III, 17. Ulp. Reg. (Collat. XVI, 4, 2).

1840) J. Just. III, 5, 4: agnationis — iure admitti aliquem ad hereditatem, etsi decimo gradu sit, sive de lege XII tab. quaeramus sive de edicto, quo praetor legitimis heredibus daturum se bon. possessionem polliceatur.

1841) Vgl. Marquardt, r. Alterth. V, 1. A. 233 fg. Phil. im C. Just. III, 44, 8. Diocl. daſ. c. 13.

1842) Vgl. Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. pr.), ſowie Huſchke, Studien 117 fg. Die bezügliche Erörterung bei Klenze a. O. 96 fg. iſt unbefriedigend: es fehlt die Scheidung hiſtoriſcher Perioden, ohne welche jede Reflexion den Boden verliert.

Julia iudiciorum publicorum von 737,[1843]) lex Julia de maritandis ordinibus von 4,[1844]) lex Papia Poppaea caducaria von 9,[1845]) wie in der Oratio Severi betreffs der nominatio potiorum;[1846]) ſodann aber auch von dem prätoriſchen Edicte: in der B. P. unde cognati manumissoris und ſo nun zweifelsohne auch in dem älteren Edicte über die B. P. unde cognati.[1847]) Dahingegen die Rechtswiſſenſchaft nahm die sobrino, sobrina nata gleichfalls in den Cognationskreis mit auf,[1848]) demgemäß nun auch das Edict in ſeiner ſpäteren Redaction derſelben die B. P. unde cognati ertheilte.[1849])

Dagegen rückſichtlich der Affinität werden von der Legislation zwar sponsus und sponsa aus dem juriſtiſchen Affinenkreiſe wieder ausgeſchieden, im Uebrigen aber an der von dem vorher-

---

1843) Paul. 2 ad l. Jul. et Pap. (D. XXII, 5, 4): lege Jul. iudic. public. cavetur, ne invito denuncietur, ut testimonium litis dicat adversus — sobrinum, sobrinam, sobrino sobrinave (Vulg.) natum eosve, qui priore gradu sint, wo das qui priore gradu sunt ſicher nicht ſo exact iſt, als die geſetzliche Diſpoſition ſelbſt lautete; vgl. sent. rec. IV, 15, 2 (Collat. V, 15, 2), de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. pr.); Pap. 1 de Adult. (D. XLVIII, 2, 2. pr.).

1844) Ulp. de Off. praet. tut. (fr. Vat. 216): excipiuntur — lege — Julia cognatorum sex gradus et ex septimo sobrino sobrinave natus; vgl. Sozom. Hist. eccl. I, 9.

1845) Ulp. XVI, 1: vir et uxor inter se solidum capere possunt, — si cognati inter se coierint usque ad sextum gradum, wo die Uebergehung der sobrino, sobrina nati auf Auslaſſung beruhen wird.

1846) Bei Ulp. de Exc. (fr. Vat. 158): „cognati vel affines utriusque necessitudinis, qui lege Julia et Papia excepti sunt, potiorem non nominent," wozu vgl. Ulp. de Off. praet. tut. (fr. Vat. 214).

1847) In erſterer Beziehung: Ulp. XXVIII, 7: datur B. P. — cognatis manumissoris, quibus per legem Furiam plus M asses capere licet, daher nach A. 1820 ſicher die sobrino, sobrina nata ausgeſchloſſen iſt, indem dort Paul ſagt: unam personam excepit, wogegen der sobrina natus wohl nur breviloquent von Paul. übergegangen iſt; vgl. A. 1819; in letzterer Beziehung Ulp. 46 ad Ed. (D. XXXVIII, 8, 1. § 2), wo das Allegat aus der lex Furia von Tribon. getilgt iſt.

1848) Ulp. in A. 1844, der dann beifügt: sed et nata per interpretationem (sc. excipitur).

1849) B. P. unde cognati: Ulp. 46 ad Ed. (D. XXXVIII, 8, 1. § 3): haec B. P. — cognatorum gradus sex complectitur et ex septimo duas personas: sobrino et sobrina natum et natam; J. Just. III, 5, 4; vgl. Paul. sent. rec. IV, 11, 8.

gehenden Zeitraume überlieferten Abgränzung (A. 1824) festgehalten: in den Gruppen von Gatten, wie von Schwieger- und Stief-Eltern und -Kindern: in der lex Julia iudiciorum publicorum von 737,[1850]) lex Papia Poppaea caducaria von 9,[1851]) der Oratio Severi über die nominatio potiorum (A. 1846) und der Conſtitution Diocletian's über die Eheſinderniſſe (A. 1875). Und innerhalb der gleichen Gränzen mißt auch das honorariſche Edict der Affinität Relevanz bei,[1852]) während wiederum die Rechtswiſſenſchaft nicht bloß jene nämlichen Gruppen feſthält,[1853]) ſondern auch darüber in mehrfachen Richtungen noch hinausgreift. Denn ſo werden zunächſt den Schwieger- und Stief-Eltern und -Kindern deren Aſcendenten und Deſcendenten gleichgeſtellt und ſomit die Schwiegerenkelin für quasi nurus, die Schwiegergroßmutter für quasi socrus, die Tochter von Stief-Sohn oder

---

1850) Paul. 2 ad l. Jul. et Pap. (D. XXII, 5, 4): lege Jul. iudic. public. cavetur, ne invito denuntietur, ut testimonium litis dicat adversus socerum, generum, vitricum, privignum; vgl. sent. rec. V, 15, 2 (Collat. IX, 3, 2), de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10 pr.). Die Frauen kommen weder als Angeklagte in Frage (da hier das iudicium domestium des Gewalthabers oder Tutor das iudicium publicum ausſchließt), noch als Zeugen, ſo daß vir et uxor, wie socrus, nurus, noverca und privigna außer Betracht bleiben.

1851) Ulp. de Off. Pr. tut. (fr. Vat. 218. 219): lege — Papia hi adfines excipiuntur: qui vir et uxor et gener et nurus et socer et socrus unquam fuerunt, item vitricus, noverca, privignus, privigna — unquam fuerunt; vgl. Ulp. fr. XVI, 1. Tert. apol. 4. de mon. 16. Hartmann in Ztſchr. f. R. G. V, 226 fg. 240 fg. 246.

1852) Das Edict Infamia notatur ſcheidet die sponsa jetzt aus: A. 1824.

1853) So bezüglich der Eheſinderniſſe: Gai. I, 63: ducere non licet — eam, quae nobis quondam socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit; Pap. 11 Quaest. (D. XII, 7, 5. § 1); Ulp. V, 6 (Collat. VI, 2, 3): eam —, quae noverca vel privigna vel nurus vel socrus nostra fuit, uxorem ducere non possumus; Paul. sent. rec. II, 19, 5 (Collat. VI, 3, 3): nec socrum nec nurum nec privignam nec novercam — uxorem ducere licet; 35 ad Ed. (D. XXIII, 2, 14. § 4); Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. § 6. 7); J. Just. I, 10, 6. 7., wobei die Quellen das Eheverbot regelmäßig nur an die Qualität der Frau, nicht aber des Mannes anknüpfen, ſo z. B. der socrus, nicht aber auch des gener. Dann bezüglich der lex Pompeia de paricidiis (A. 1821), deren Schutze die Rechtswiſſenſchaft auch die noverca, wie sponsa unterſtellte: Marc. 14 Inst. (D. XLVIII, 9, 3). Endlich bezüglich der lex Pap. caduc. nach Maaßgabe von A. 1855.

=Tochter für quasi privigna und die Stiefgroßmutter für quasi noverca erklärt.[1854]) Dann ferner wird, unter Festhaltung der durch Verlöbniß begründeten Affinität (A. 1853), juristische Relevanz beigemessen ebenso der Affinität mit den Verlobten der Ascendenten und Descendenten: mit sponsus, sponsa liberorum als quasi gener, nurus, und mit sponsa patris als quasi noverca, wie nicht minder auch der Affinität mit den Ascendenten des Verlobten: mit pater, mater sponsi, sponsae als quasi socer, socrus.[1855]) Und endlich werden parallele Extensionen auch be-

---

1854) So bezüglich des Edictes in A. 1852 Pomp. bei Ulp. 6 ad Ed. (D. III, 1, 3. § 2): nurus et generi appellatione et soceri et socrus et ulteriores, quibus „pro" praepositio solet accedere, contineri; dann bezüglich der lex Papia in A. 1851 Lab. bei Ulp. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXVIII, 10, 6. pr.): nepotis ex filia mea nati uxorem nurum mihi esse; Ter. Clem. 2 ad l. Jul. et Pap. (D. L, 16, 146); in Bezug auf die Ehehinderniſſe: Arist. bei Pomp. 4 ex Plaut. (D. XXIII, 2, 40): privignae filiam non magis uxorem duci posse, quam ipsam privignam; Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 2, 14. § 4): socrus appellatione non tantum uxoris meae mater, sed et avia et proavia intellegitur, ut nullam earum ducere possim; nurus quoque appellatione non tantum filii uxor, sed et nepotis et pronepotis continetur, licet quidam has pronurus appellant. Privigna quoque non solum ea mihi intellegitur, quae uxoris meae filia est, sed et neptis et proneptis; Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. § 6. 7), wonach die Ehe zwiſchen pronurus und socer magnus, wie zwiſchen prosocrus und progener ausgeſchloſſen iſt.

1855) Die Interpretatio von quasi gener, nurus und quasi socer, socrus ſtellte bereits auf Serv. bei Pomp. 1 Ench. (D. XXXVIII, 10, 8): soceri et socrus et generi et nurus appellationem etiam ex sponsalibus acquiri; und dieſelbe ward in letzterer Beziehung vom Kaiſer Auguſt ſanctionirt rückſichtlich der Ehehinderniſſe nach Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 2, 14. § 4): eius matrem, quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere: fuisse enim eam socrum; dann vertreten von Ulp. 26 ad Sab. (D. XXIII, 2, 12. § 2): sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicatur und Jul. in J. Just. I, 10, 9: nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse, rectius tamen et iure facturos eos, qui huiusmodi nuptiis se abstinuerint. Dann findet ſich dieſelbe vor in Bezug auf die leges Juliae de vi publica und privata (A. 1817), wie iudiciorum publicorum (A. 1850) bei Gai. 4 ad l. Jul. et Pap. (D. XXII, 5, 5): in legibus, quibus excipitur, ne gener aut socer invitus testimonium dicere cogeretur, generi appellatione sponsum quoque filiae contineri, item soceri sponsae patrem; nicht minder in Bezug auf die lex Pompeia de paricidiis (A. 1821) nach Marcian. 1 de publ. iud. (D. XLVIII, 9, 4): pater et mater sponsi, sponsae socerorum (leg. soceri, socrus), ut liberorum sponsi generorum appella-

züglich der Descendenten des geschiedenen Ehegatten aus nachfolgender Ehe, wie bezüglich der Ehegatten der Stief-Eltern und -Kinder aufstellt, die jedoch insgesammt der Lehre von den Ehehindernissen eigenthümlich sind (A. 1872 fg.).

Was nun die auf die sanguinis ratio gestützten Rechtsordnungen dieser Periode im Einzelnen anbetrifft, so sind dieselben nur zum geringsten Theile gleichmäßig auf alle die obigen Cognaten und Affinen erstreckt, vielmehr betrifft die Mehrzahl derselben lediglich gewisse privilegirte Gruppen: theils die Cognaten allein, theils die Ascendenten und Descendenten insbesondere, zu denen mehrfach auch noch die Geschwister treten, theils die Ehegatten, theils vereinzelt auch die Schwieger-Eltern und -Kinder (A. 1892 fg. 1826), während endlich wiederum gewisse Rechtsordnungen in durchaus singulärer Weise die dadurch betroffenen Kreise der Cognaten und Affinen begränzen.

Zunächst aber auf den gesammten juristisch anerkannten Verwandtenkreis der Cognaten und Affinen werden einestheils gewisse civilrechtliche Satzungen erstreckt: die solidi capacitas, welche die lex Julia et Pap. Popp. auch bei Orbität und Cölibat den Cognaten und Affinen zuerkannte (A. 1844. 1848. 1851. 1853—1855. vgl. A. 1860), und dann eine Gruppe von Rechtssätzen, welche anknüpfen an die altrömische Anschauung, daß das zwischen Cognaten und Affinen obwaltende „officium" denselben die Verpflichtung auferlege, in Nothlagen gegenseitig einander mit Rath und That beizustehen (§ 150). Denn solchem Gesichtspunkte unterfallen das Verbot der nominatio potiorum für die Cognaten und Affinen Seitens der oratio Severi (A. 1846), dann die Verpflichtung derselben, den Unmündigen im Nothfalle bei sich aufzunehmen und zu erziehen, wie endlich der Rechtssatz, daß die Leistung der durch die Sitte den Nämlichen auferlegten Verpflichtung, im Nothfalle durch Geldunterstützung dem Cognaten

---

tione continentur; endlich rücksichtlich der lex Papia caduc. nach Ulp. 5 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXVIII, 10, 6. § 1): generi et nurus appellatione sponsus quoque et sponsa (sc. liberorum) continentur; item soceri et socrus appellatione sponsorum parentes contineri videntur. — Wegen quasi noverca vgl. Jul. in J. Just. I, 10, 9 cit. Ulp. 26 ad Sab. (D. XXIII, 2, 12. § 1): inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt, quamquam noverca mea non proprie dicatur.

BIBLIOTHECA BODLEIANA

und Affinen unter die Arme zu greifen, ſelbſt dann, wenn ſie irrthümlich als ein debitum geleiſtet wird, doch der condictio indebiti nicht unterliegt, weil jene wirklich begründete pietatis causa (A. 1837) als Grundlage einer obligatio naturalis und ſomit als zureichende causa solutionis anerkannt wird; [1856]) und nicht minder beruht auf gleichem Grundgedanken der Familienrath in ſeiner Zuſammenſetzung aus Cognaten und Affinen (§ 153 a. E.). Und ſodann tritt hierzu der civilproceßrechtliche Rechtsſatz, daß die a. de effusis et deiectis als popularis wegen Tödtung eines Freien in prärogativer Maaße den Cognaten und Affinen zuſtehe, [1857]) ſowie gewiſſe criminalproceßrechtliche Sätze: zunächſt der lex Julia iudic. public., welche theils die Verweigerung des Zeugniſſes wider den Cognaten und Affinen nachläßt (A. 1843. 1850), theils zum Zwecke der mortis exsecutio eines derſelben auch den Weibern die accusatio geſtattet; dann der Rechtswiſſenſchaft, daß im gleichen Falle ſolche accusatio, wie nicht minder das interd. de homine libero exhibendo, denjenigen geſtattet wird, denen regelmäßig dieſelbe aus irgend einem Grunde verſagt iſt; endlich eines S. C. ad leg. Corneliam de falsis, welches den Weibern die accusatio falsi betreffs des Teſtamentes eines Cognaten und Affinen nachläßt. [1858])

1856) Aufnahme des Unmündigen: Ulp. 34 ad Ed. (D. XXVII, 2, 1. § 2). — Obligat. natur.: Jul. 10 Dig. (D. XII, 6, 32. § 2): mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest; 16 Dig. (D. XXIII, 3, 46. § 2): pater etiamsi falso existimans se filiae suae debitorem esse, dotem promisisset, obligabitur d. h. die cond. indebitae obligationis iſt ausgeſchloſſen; Modest. 2 Resp. (D. III, 5, 27. § 1): Titium, si pietatis respectu sororis aluit filiam, actionem hoc nomine contra eam non habere; Alex. im C. Just. II, 19, 11: alimenta quidem, quae filiis tuis praestitisti, tibi reddi non iusta ratione postulas, quum id exigente materna pietate feceris; Gord. daſ. c. 15: si paterno affectu privignas tuas aluisti seu mercedes pro his aliquas magistris expendisti, eius erogationis tibi nulla repetitio est; vgl. A. 906. Voigt, Cond. ob caus. § 58 unter 21. — Dagegen iſt es kein verwandtſchaftsrechtlicher Rechtsſatz bei Paul. sent. rec. V, 12, 2. vgl. Ulp. 48 ad Ed. (D. XXIX, (6, 1. pr.); Diocl. im C. Just. VI, 34, 2.

1857) Ulp. 23 ad Ed. (D. IX, 3, 5. § 5).

1858) Pap. 1 de Adult. (D. XLVIII, 2, 2. pr.); vgl. Pomp. 1 ad Sab. D. cit. 1), Macer 2 de publ. iud. (D. cit. 8. 11. pr.), Sev. im C. Just. IX,

Endlich gehört hierher auch noch die lex Julia vicesimariae v. J. 6, welche, eine Erbschaftssteuer von 5 % auf Erbschaften, wie Singularvermächtnisse legend, von derselben die verwandten Intestaterben befreit,[1859]) worauf dann Caracalla im Jahre 212, die Steuer auf 10 % erhöhend, das Intestaterbrecht selbst und damit auch die Immunität der agnati und cognati aufhebt,[1860])

1, 4. — Macer cit. — Venul. 4 Interd. (D. XLIII, 29, 2. § 11). — Pap. cit. vgl. Modest. 17 Resp. (D. cit. 18), Alex. im C. Just. IX, 1, 5. Außerdem vgl. noch A. 1821.

1859) Die Litteratur über diese lex s. in Pauly, Realencycl. VI, 2581. — Ueber die exceptae personae liegen zwei Angaben vor: zuerst Dio Cass. LV, 25, wonach es die πάνυ συγγενεῖς sind, worunter Bachofen, ausgew. Lehren 335 die von der lex Furia excipirten Cognaten versteht, was jenem Ausdrucke an sich ganz wohl entspricht, da in XLVII, 6 unter πάνυ συγγενεῖς ebensowohl der avunculus, wie der frater inbegriffen ist; vgl. auch fr. 25 Sturz. Immerhin aber ist der Ausdruck vag und nicht prăcis. Sodann Plin. Paneg. 37: vicesima reperta est, tributum — heredibus — domesticis grave. Itaque est his remissum, videlicet quod manifestum erat, quanto cum dolore laturi seu potius non laturi homines essent, destringi aliquid et abradi bonis, quae sanguine, gentilitate, sacrorum denique societate meruissent, wo somit Plin. drei Successionstitel scheidet: sanguis, gentilitas und sacrorum societas; allein da in dem letzten, worauf schon das denique hinweist, nur eine das Gemeinsame zusammenfaßende Rückweisung auf die ersten beiden enthalten ist, so sind es in der That nur zwei Successionstitel, welche Plin. unterscheidet: sanguis und gentilitas. Danach aber sind excipirt ebenso alle erbberechtigten Verwandten, somit der B. P. unde liberi, der B. P. unde legitimi: sui, suae, consanguinei, consanguineae, agnati (bis 6. Grad: § 150), wie der B. P. unde cognati (6. Grad und sobrino, sobrina natus: A. 1847), als auch die gentiles des ingenuus, wogegen ausgeschlossen sind die nicht verwandten Intestaterben, wie Patron und gentiles des libertinus, ebenso wie die zur Intestatsuccession gar nicht Berufenen: die Affinen und so insbesondere die Ehegatten: A. 1919. — Daß endlich die Extension, in welcher jene Immunität durch kaiserliche Beneficien den Neubürgern gewährt wird (A. 1839) durchaus keine Folgerung auf die obige lex gestattet, haben bereits Klenze, a. O. 62 fg. und Bachofen 337 dargelegt.

1860) Es liegen hierüber zwei Berichte vor: Dio. Cass. LXXVII, 9: τὰς — διαδοχὰς καὶ τὰς ἀτελείας τὰς ἐπὶ τούταις (Reim. τούτοις: Codd.) τὰς δεδομένας τοῖς πάνυ προσήκουσι τῶν τελευτώντων καταλύσας, und Ulp. 2 Inst. (Collat. XVI, 9, 3): imperator noster in hereditatibus, quae ab intestato deferuntur, eas solas personas voluit admitti, quibus decimae immunitatem ipse tribuit. Den Schwerpunkt der Verordnung Caracalla's bildet daher nach Allem die Entziehung der Immunität bezüglich gewisser Personen,

bis endlich Macrin im Jahre 217, die Steuer wieder auf 5 % herabsetzend, die alte Intestatsuccession redintegrirte, dagegen aber die Immunität nur bis zum vierten Verwandtschaftsgrade zugestand.[1861])

Ueberdem finden sich durchaus singuläre Abgränzungen des Cognaten- und Affinen-Kreises bei verschiedenen Rechtsordnungen. Denn so wird eine exceptionelle Erweiterung des Affinenkreises aufgestellt in der Vorschrift der lex Julia de marit. ordin., daß bei Orbität und Cölibat die solidi capacitas auch den Ehegatten der Cognaten, wie den Cognaten des Ehegatten zukomme, während andrerseits eine singuläre Beschränkung jener Kreise auftritt in dem Rechtssatze, welcher die Ascendenten, Descendenten und Geschwister, wie Gattin, Schwieger- und Stief-Eltern und -Kinder zur processualischen Stellvertretung ohne Mandat zuläßt.[1862])

---

welche dieselbe bisher genossen, somit, nach Wegfall der Gentilität, gewisser durch „sanguis" Verbundener (A. 1859), so daß jene Vorschrift gar nicht sich erstreckte auf die B. P. unde vir et uxor und auf die B. P. unde legitimi patroni, sowie aller späteren Erbclassen in bona liberti. Jene Entziehung selbst aber erfolgte in der Weise, daß den Betreffenden das Intestaterbrecht abgesprochen wurde, weil das testatarisch hinterlassene an sich der Steuer unterlag. Die Betroffenen selbst wieder werden nun bezeichnet als πάνυ προσήκοντες und darunter lassen sich nur die verstehen, deren Erbrecht auf der Gradesnähe beruht d. h. die Agnaten und Cognaten, so daß den Verwandten nur die Intestatsuccession Unde liberi und resp. Unde legitimi: als sui, suae, filii, filiae, consanguinei, consanguineae, mater belassen wurde.

1861) Ueber die Reduction der Steuer: Dio Cass. LXXVIII, 12. — Daß die Beschränkung des Intestaterbrechtes durch Caracalla nur ganz kurze Zeit bestand, ergeben die Rechtsquellen, daher deren Beseitigung ohne Weiteres mit der Reduction der Steuer zusammen auf Macrin sich überweist. — Von Isid. Orig. IX, 28 wird eine Verwandtschaftstafel überliefert (auch bei Huschke, Jurispr. Antei. ad p. 535), bei welcher in dem vierten Grade zweimal der Beisatz zugefügt ist: usque ad hunc laterculum immunes personae sunt. Bezüglich dieses Beisatzes macht nun Huschke 534 die zutreffende Bemerkung, daß jenes Stemma „ius legis Juliae vicesimariae spectasse videtur." Diesfalls aber ergiebt sich hieraus die weitere Folgerung, daß die Beschränkung der Immunität auf den vierten Grad ebenso bis Justinian galt (vgl. Bachofen, a. O. 394 fg.), als auch auf Macrin zurückgehe, der somit eine durchgreifende Reform jener Steuer vornahm.

1862) Lex Julia: Ulp. de Off. pr. tut. (fr. Vat. 216. 217). — Processualische Stellvertretung: Ulp. 9 ad Ed. (D. III, 3, 35. pr.), wo liberi in potestate, parentes, fratres und affines, und 57 ad Ed. (D. XLVI, 7, 3. § 3),

Endlich wiederum zugleich eine eigenthümliche Verengerung jener Kreiſe nach der einen und eine Erweiterung derſelben nach der anderen Richtung tritt zu Tage in der Theorie von den verwandtſchaftlichen Ehehinderniſſen. Denn während, was die Cognation betrifft, die vorige Periode die Ehe zwiſchen Seitenverwandten von und mit dem vierten Grade ab geſtattete (A. 1822), ſo hielt zwar die gegenwärtige Periode an der Statthaftigkeit der Ehe zwiſchen den consobrini feſt,[1863] wogegen ſie wiederum die Ehe zwiſchen den Geſchwiſtern von Aſcendenten und den Deſcendenten der Geſchwiſter ohne jede Gradesbeſchränkung verbot, ſo daß ebenſo im vierten Grade die Ehe zwiſchen patruus oder avunculus magnus und fratris, sororis neptis, wie zwiſchen fratris, sororis nepos und amita, matertera magna, als auch im fünften Grade mit fratris, sororis proneptis und mit proamita, promatertera unterſagt war.[1864] Und ebenſo ergiebt ſich aus dieſem Geſetze auch das Verbot der Ehe zwiſchen Collateralen des dritten Grades: zwiſchen patruus, avunculus und fratris, sororis filia, wie zwiſchen fratris, sororis filius und amita, matertera.[1865] Allein von dieſem Geſetze ſtatuirte wiederum das S. C. Claudianum von 49 mit Rückſicht auf die Ehe, welche der Kaiſer Claudius mit ſeines Bruders Tochter Agrippina einging, die iſolirte Aus-

---

wo liberi, parentes, vir genannt ſind, ſomit denn doch die nämlichen Perſonen, wie im edict. de postulando (A. 1824), nur daß dort die liberi an Stelle der sui eintreten; vgl. Brinz, Pand. § 282 unter 3.

1863) Pomp. bei Paul. 1 ad Sab. (D. XXIII, 2, 3); Marcell. 12 Dig. (D. XXVIII, 7, 23); Pap. 6 Resp. (D. cit. 24); Scaev. 21 Dig. (D. XXXVI, 1, 78. § 8); Tryph. 9 Disp. (D. XXIII, 2, 67. § 1).

1864) So im vierten Grade mit neptis sororis oder mit amita und matertera magna: Gai. 11 ad Ed. prov. (D. XXIII, 2, 17. § 2), Paul. sent. rec. II, 19, 3. (Collat. VI, 3, 1), J. Just. I, 10, 3. 5; im fünften Grade mit sororis proneptis: Paul. 6 ad Plaut. (D. XXIII, 2, 39. pr.), sent. rec. II, 19, 3. cit. vgl. A. 1878.

1865) Wegen der Ehe zwiſchen avunculus und sororis filia: Gai. I, 62. Pap. de Adutl. (Collat. VI, 6. D. XLVIII, 5, 11. § 1), 11. 36 Quaest. (D. XII, 7, 5. pr. XLVIII, 5, 38. § 1); Ulp. V, 6 (Collat. VI, 2, 2), 3 Disp. (D. XXIII, 2, 56); Paul. sent. rec. II, 19, 3. (Collat. VI, 3, 1); J. Just. I, 10, 3. Wegen der Ehe zwiſchen fratris, sororis filius und amita, matertera: Gai. I, 62. 11 ad Ed. prov. (D. XXIII, 2, 17. § 2); Ulp. cit; J. Just. I, 10 5. Paul. sent. rec. II, 19, 5 (Collat. VI, 3, 3); Plut. Qu. Ro. 6.

nahme, daß zwiſchen patruus und fratris filia, ſomit im dritten Grade[1866]) und entſprechend nun auch in den ferneren Graden: zwiſchen patruus magnus und fratris neptis, zwiſchen propatruus und fratris proneptis die Ehe geſtattet ſei, wogegen die übrigen analogen Eheverbote in Geltung verblieben.[1867]) Dagegen die Ehe zwiſchen Geſchwiſtern blieb einfach mit Rückſicht auf die Gradesnähe verpönt,[1868]) ebenſo wie die Ehe zwiſchen Aſcendenten und Deſcendenten aller Grade,[1869]) wo überdem ſogar die außereheliche Vaterſchaft ganz ſingulärer Weiſe als Ehehinderniß anerkannt ward.[1870]) Und gleichen Geſetzen unterliegt endlich auch die Adoptivverwandtſchaft.[1871])

Was dagegen die Affinität betrifft, die hier nun ausnahme-

1866) Tac. Ann. XII, 5—7. Suet. Claud. 26. 39. 43. Dio Cass. LX, 31. Zonar. XI, 10. Schol. in Juv. II, 29. Gai. I, 62. Ulp. V, 6 (Collat. VI, 2, 2). Darunter fällt nun die Ehe Domitians mit Julia, der Tochter ſeines Bruders Titus: Suet. Domit. 22. Plin. Ep. IV, 11, 6. Schol. in Juv. II, 27. Dann ward ſolche Ehe im J. 97 von Nerva verboten: Dio Cass. LXVIII, 2. Zonar. XI, 20., allein ſpäter wieder geſtattet: im J. 164 heirathet Verus die Lucilla, die Tochter ſeines Bruders Anton. Phil.: Capitol. M. Anton. 7. 9. Ver. 2. 7. Dio. Cass. LXXI, 1. Jamblich bei Phot. p. 242.

1867) Die Volksanſchauung betrachtete jedoch ſolche Ehe auch jetzt noch als blutſchänderiſch: Pseudo-Sen. Octav. 146 fg. Tac. Ann. XII, 5. XIII, 2. Suet. Claud. 39. 43. und gewiß in einfachſter Conſequenz, da ja die Ehe zwiſchen amita und fratris filius incestus iuris gentium ergiebt: Thl. II A. 944. Auf der anderen Seite geſtatten wieder die iura peregrinorum ſolche Ehen: Tac. Ann. XII, 6. Alles dies iſt zugleich einer jener zahlreichen Belege, wie ganz zufällig das Merkmal des iuris esse, quo omnes gentes utuntur die Qualität eines Rechtsſatzes als iuris gentium oder civilis beeinflußt; vgl. A. 1791.

1868) Gai. I, 61. Paul. sent. rec. II, 19, 3 (Collat. VI, 3, 1); J. Just. I, 10, 2.

1869) Gai. I, 59. Ulp. V, 6 (Collat. VI, 2, 1); Paul. sent. rec. II, 19, 3 (Collat. VI, 3, 1); J. Just. I, 10, 1.

1870) Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 2, 14. § 2); vgl. Scaev. 1 Reg. (D. cit. 54). Das Verbot wird von Paul. auf das ius naturale geſtützt; vgl. Thl. I, 245.

1871) Hier unter Wahrung des Prinzipes, daß die Adoption Verwandtſchaft nur zwiſchen denen begründet, zwiſchen denen ſie Agnation begründet: A. 1796, die Löſung der Agnation aber zugleich auch das Ehehinderniß beſeitigt, ausgenommen Adoptiv-Aſcendenten und Deſcendenten: A. 1797.

weiſe nach Löſung des dieſelbe begründenden Verhältniſſes noch zur Wirkſamkeit gelangt (A. 1797), ſo wird dieſe in der gegenwärtigen Periode als Ehehinderniß anerkannt und zwar nicht allein innerhalb der vom Rechte im Allgemeinen feſtgehaltenen notmalen Grade: zwiſchen Schwieger- und Stief-Eltern und -Kindern (A. 1853) und mit deren Aſcendenten und Deſcendenten (A. 1854), ſowie mit den Aſcendenten des Verlobten und den Verlobten der Aſcendenten und Deſcendenten (A. 1855), ſondern es treten auch dazu noch vier weitere Gruppen: theils nämlich die Stief-Großeltern und ferneren Aſcendenten,[1872]) theils die Deſcendenten des geſchiedenen Ehegatten aus nachfolgender Ehe,[1873]) theils die Ehegatten der Stief-Eltern und -Kinder,[1874]) theils endlich die Ehegatten in Ehe ohne manus des Adoptiv-Vaters oder -Sohnes und dies ſelbſt nach eingetretener Emancipation des Sohnes.[1875]) Dahingegen waren geſtattet die Ehen mit der Frau des Bruders und der Schweſter der Frau,[1876]) bis endlich Diocl. im C. Just. V, 5, 5 ebenſowohl auch ſolche Ehe, wie die zwiſchen Kindern aus verſchiedenen Ehen zweier Gatten verbot.[1877])

Und endlich fügt hierzu Alex. im C. Just. V, 4, 4 noch das Verbot der Ehe des Sohnes mit des Vaters Concubine.

1872) Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 2, 14. § 4): avi und proavi uxor, ſomit quasi noverca. — Daß die frühere Zeit in der Affinität kein Ehehinderniß anerkannte, ergiebt die Ehe zwiſchen Sassia und ihrem Schwiegerſohne A. Aurius Melinus: Cic. p. Cluent. 5, 13.

1873) Jul. bei Ulp. 26 ad Sab. (D. XXIII, 2, 12. § 3) und in J. Just. I, 10, 9. Dies iſt ein ganz anomaler Satz, da erſt nach gelöſter Affinität die Pſeudo-Affinität entſteht.

1874) So zwiſchen noverca und vir privignae, zwiſchen uxor privigni und vitricus: Pap. 4 Resp. (D. XXIII, 2, 15).

1875) Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 2, 14. pr. § 1. 4). Die obigen Eheverbote recapituliren Diocl. et Max. im C. Herm. V, 1, 2. (Collat. VI, 4, 5. und interpolirt im C. Just. V, 4, 17) v. J. 295, die folgende ehehindernde Verwandtſchaftsverhältniſſe namentlich machen: I. Cognation: A. Zwiſchen Aſcendenten und Deſcendenten: filia, neptis, proneptis; mater, avia, proavia; B. von Collateralen: soror; sororis filia, amita, matertera; sororis neptis; II. Affinität: A. privigna, noverca, socrus, nurus; B. „cum ceteris, quae antiquo iure prohibentur".

1876) Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. § 6. 7).

1877) J. Just. I, 10, 8.

Jene gesammte eherechtliche Ordnung aber wird von der zwiefältigen Tendenz beeinflußt, auf der einen Seite die Ehe zwischen Collateralen im vierten Grade, wie zwischen Affinen freizugeben, auf der anderen Seite aber alle diejenigen Cognaten, welche die nächsten Collateralen von Ascendenten sind, wie die Ascendenten, Descendenten und Ehegatten von Affinen von der Ehe auszuschließen, und dies zwar mit Rücksicht darauf, weil die betreffenden „parentum liberorumque loco habentur."[1878])

§ 153.

Fortsetzung.

(Die historische Ausprägung der Principien von Beginn der Kaiserzeit bis Diocletian.)

Was die privilegirten Verwandtengruppen betrifft, so wird hier nur in vereinzelter Maaße eine besondere Berücksichtigung zu Theil den Cognaten für sich d. h. mit Ausschluß der Affinen. Vielmehr greifen, nachdem bereits die vorige Periode denselben die so wichtige B. P. unde cognati verliehen hatte, in dieser Richtung nur noch ein theils die lex Papia caducaria, wonach die Ehe zwischen Cognaten den Gatten die solidi capacitas gewährt (A. 1845), theils die civilprocessualischen Rechtssätze, daß als assertor in libertatem der Cognat auch wider Willen des in possessione servitutis Befindlichen auftreten kann,[1879]) sowie daß

1878) Paul. Diac. v. avunculus p. 14. Paul. 6 ad Plaut. (D. XXIII, 2, 39. pr.), Modest. 12 Pand. (D. XXXVIII, 10, 4. § 7); J. Just. I, 10, 5—7. vgl. Gai. I, 59. Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIV, 3, 16); J. Just. I, 10, 1. sowie Cujac. Observ. IX, 18. Dirksen, Beitr. 248 fg. Die Herleitung eines Eheverbotes aus jenem parentum loco haberi ist neu, da bei den Eheverboten der früheren Perioden die Ehen zwischen den fraglichen Personen über den verbotenen Verwandtschaftsgrad hinaus keinen practisch vorkömmlichen Fall ergeben, indem z. B. beim Eheverbote bis zum vierten Grade (A. 1822) zwar nicht das Gesetz, wohl aber die Altersverhältnisse die Ehe zwischen Urgroßonkel und Urgroßnichte ohne Weiteres ausschlossen. Dagegen ist die Auffassung der Betreffenden als parentum loco habiti sehr alt. Vgl. auch A. 1939.

1879) Ulp. 54 ad Ed. (D. XL, 12, 1. 3. pr. § 2): parens, filius, cognati; mater, filia, soror, cognata.

bei der venditio bonorum der Cognat ein prärogatives Erſtehungsrecht gegenüber demjenigen extraneus hat, der nicht zugleich Creditor des Cridares iſt.[1880])

Dagegen aber wird mit zahlreichen Privilegien ausgeſtattet die Gruppe der Aſcendenten und Deſcendenten, beſtimmt durch die leitende Tendenz der Rechtsbildung, an Stelle des zerfallenden, altüberlieferten Hausregimentes: der patria potestas eine neue Rechtsordnung, geſtützt auf das Eltern- und Kindſchafts-Verhältniß, zu ſetzen. Und zwar werden die einſchlagenden Rechtsſätze vor Allem von dem Geſichtspunkte beſtimmt, den den Aſcendenten zukommenden Anſpruch auf Reſpect zu wahren und zu ſichern, ein Motiv, welches zu Grunde liegt den Rechtsſätzen, zunächſt daß die Injurie gegen Aſcendenten ſtets eine atrox, und gegen Vater oder Mutter begangen extra ordinem criminell zu ahnden ſei;[1881]) ſodann daß weder accusationes (A. 1884), noch actiones famosae,[1882]) noch ſolche Rechtsmittel, welche auf eine in der gemeinen Meinung herabwürdigende Handlung concipirt ſind,[1883]) wider die Aſcendenten angeſtellt werden dürfen, indem vielmehr beidemal inſoweit, als Einreden oder reiperſecutoriſche oder gemiſchte Klagen in Frage kommen, diesfalls durch Abänderung des betreffenden Ausdruckes der formula nachzuhelfen

---

1880) Gai. 28 ad Ed. prov. (D. XLII, 5, 16). — Die lex Jul. vicesim. habe ich nicht hierher, ſondern in § 152 geſtellt, weil ſie die Affinen nicht principiell, ſondern nur folgeweiſe ausſchließt: in Folge des Umſtandes, daß dieſelben überhaupt kein Inteſtanterbrecht hatten.

1881) Lab. bei Ulp. 57 ad Ed. (D. XLVII, 10, 7. § 8). — Ulp. 1 Opin. (D. XXXVII, 5, 1. § 2. vgl. § 3); Valer. et Gall. im C. Just. VIII, 47, 4.

1882) Ulp. 10 ad Ed. (D. XXXVII, 15, 5. § 1); ſo a. de dolo: Jul. 14 Dig. (D. cit. 2. pr.); Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 11. § 1); Diocl. im C. Just. II, 21, 5; a. iniuriar.: Jul. 14 Dig. (D. XXXVII, 15, 2. pr.), wovon jedoch eine Ausnahme wegen atrox iniuria zu Gunſten der emancipirten Kinder zugelaſſen wird von Ulp. 57 ad Ed. (D. XLVII, 10, 7. § 3).

1883) Ulp. 10. 76 ad Ed. (D. XXXVII, 15, 5. § 1. XLIV, 4, 4. § 16); ſo exc. doli mali und quod met. c.: Ulp. 10. 76 ad Ed. (D. XXXVII, 15, 7. § 2. XLIV, 4, 4. § 16. 34); interd. Unde vi und Quod vi aut clam: Jul. 14 Dig. (D. XXXVII, 15, 2); Ulp. 10 ad Ed. (D. cit. 7. § 2); a. de pecunia calumniae c. accepta: Ulp. cit. (D. cit. 5. pr.); iusiur. de calumnia: Ulp. cit. (D. cit. 7. § 3); vgl. Ulp. cit. (D. cit. 7. § 4. XII, 2, 16); a. de servo corrupto: Paul. 11 ad Ed. (D. XXXVII, 15, 6).

und wiederum eine derartige actio anſtatt der accusatio anzuſtellen iſt; [1884]) dann wiederum, daß die rest. in integr. gegenüber den Aſcendenten ausgeſchloſſen ward; [1885]) ſowie endlich daß die in ius vocatio der Aſcendenten durch das Edict in Dig. II, 4, 4. § 1 von der Genehmigung des ius dicens abhängig gemacht iſt, das Zuwiderhandeln aber als Proceßdelict geahndet wird. [1886])

Dann wieder einer zweiten Claſſe von Satzungen liegt der Geſichtspunkt zu Grunde, den Anſpruch, wie die Verbindlichkeit einer gegenſeitigen Förderung und Vertretung der Intereſſen ſicher zu ſtellen, und ſo zwar der Befreiung der Schenkung zwiſchen Eltern und Kindern von ſolenner Form (A. 524), der Verpflichtung von Aſcendenten, wie Deſcendenten, im Nothfalle einander zu alimentiren, [1887]) der Verpflichtung der väterlichen Aſcendenten, wie im Nothfalle auch der Mutter zur Dotirung der Tochter, [1888]) der durch ein Reſcript Sever's

---

1884) So z. B. in der a. de dolo ſtatt „dolo malo factum esse" ein „contra bonam fidem factum esse" (vgl. A. 1594): Ulp. 11 ad Ed. und Diocl. in A. 1882; und ähnlich in der a. de pecun. calumn. c. acc.: Ulp. 10 ad Ed. in A. 1883; bei den Klagen wegen vis: Macer 2 de ind. publ. (D. XLVIII, 2, 11. § 1); bei Exceptionen: Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 16). Wegen der accusatio: Macer cit. vgl. Nov. 115. c. 3. § 3.

1885) Eine andere Anſicht ließ die rest. des Minderjährigen inſoweit zu, als dabei den Aſcendenten nicht ein dolus malus imputirt wurde: Juſtin. im Cod. II, 42, 2.

1886) S. § 77. Ulp. 5. 6 ad Ed. (D. II, 4, 4. § 2. 3. fr. 8. pr. III, 1, 1, § 11); Paul. 4 ad Ed. (D. II, 4, 5. 7), 1 Sent. (D. cit. 6); J. Just. IV, 16, 3. Das Edict gehört dem Ausgange der vorigen Periode an: Ofil. bei Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 7, 1. § 2); dann Lab. bei Ulp. cit. (D. II, 4, 4. § 3).

1887) Marcell. 1 ad l. Jul. et Pap. (D. XXV, 3, 8); Ulp. 2 de Off. Cons. (D. cit. 5. pr. — § 8. 12. 14), Anton. et Ver. im C. Just. V, 25, 3. Sev. et Car. daſ. c. 4. Valent. Val. et Grat. daſ. VIII, 52, 2. Justinian. daſ. VI, 61, 8. § 4. 5. vgl. Sen. Contr. I, 1. 7. VII, 19. Exc. contr. I, 1, 7. VII, 4. Pseudo-Quint. Decl. 5. Darauf beruht auch die missio in possess. ventris nomine: Ulp. 41 ad Ed. (D. XXXVII, 9, 1. § 2). — Jul. bei Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 2); Ulp. 2 de Off. Cons. (D. XXV, 3, 5. pr. § 3. 4. 8—10. 13. 15. 16); Anton. im C. Just. V, 25, 1. Anton. et Ver. daſ. c. 2. Justinian. daſ. VI, 61, 8. § 4. vgl. Nov. 117. c. 7. Im Allgemeinen vgl. Mandry, Familiengüterrecht I, 246 fg. Brinz, Pand. § 282 unter 4.

1888) Nach der lex. Jul. de maritand. ordin. war dies lediglich Pflicht des paterfamilias: Marc. 14 Inst. (D. XXIII, 2, 19), ward aber ſpäter in eine Pflicht des väterlichen Aſcendenten überhaupt gegen die auch nicht in

der Mutter auferlegten Verpflichtung, für das unmündige Kind einen tauglichen Vormund und zwar bei Verluſt ihres Civil-Inteſtaterbrechtes gegen das Erſtere zu erbitten,[1889]) wie nicht minder dem bedingten Anſpruche der Mutter auf Erziehung des Kindes.[1890]) Dann gehört hierher in civilproceſſualiſcher Beziehung das beneficium competentiae der Eltern gegenüber dem Kinde,[1891]) denen zugleich der Schwiegervater gegenüber der a. ex stipulatu des Schwiegerſohnes auf Numeration der dos promissa während des Beſtandes von deſſen Ehe gleichgeſtellt iſt,[1892]) ſowie die Vorſchrift des Edictes in Dig. II, 8, 2. § 2, welche als Proceßdelict (§ 77) mit Strafe bedroht die verweigerte Annahme des fideiussor iudicio sistendi causa datus, dafern ſolcher von Aſcendenten oder Deſcendenten oder auch von der Schwiegertochter offerirt iſt,[1893]) wie endlich die Unfähigkeit von

---

potestate befindliche Deſcendentin umgewandelt: Cels. 10 Dig. (D. XXXVII, 6, 6); Justinian. im Cod. V, 11, 7. vgl. Nov. 97. c. 5. und dann auch im Nothfalle der Mutter auferlegt: Diocl. daſ. V, 12, 14. (wo das „lege speciliter expressa" auf Municipal- und Provinzialgeſetze geht: Thl. II § 103); vgl. Mandry a. O. 234 fg. Brinz, a. O. § 282 unter 5.

1889) Das Reſcript geben Modest. 1 Excus. (D. XXVI, 6, 2. § 2) und Ulp. 18 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2. § 23); im Uebrigen vgl. Ulp. cit. (D. cit. § 23 fg.); Tryph. 13 Disp. (D. XXVI, 6, 4); Modest. cit. (D. cit. 2. § 1); Diocl. im C. Just. V, 31, 8. Zeno daſ. c. 11. J. Just. III, 3, 6.

1890 Ulp. 71 ad Ed. (D. XLIII, 30, 1. § 3. fr. 3. § 5); Alex. im C. Just. V, 49, 1. Diocl. daſ. V, 24, 1. Nov. 117. c. 7. Dagegen das entſprechende Recht des Vaters iſt durchaus Beſtandtheil der patria potestas.

1891) Ulp. 11. 63 ad Ed. (D. XXXVII, 15, 7. § 1. XLII, 1, 16); J. Just. IV, 6, 38. — Die Folgerung des benef. compet. für Geſchwiſter aus Ulp. 31 ad Ed. (D. XVII, 2, 63. pr.) iſt gegenüber dem Stillſchweigen der Quellen um ſo bedenklicher, als die dort gegebene Entſcheidung von Sabinus, der Entſcheidungsgrund aber von Ulpian herrührt.

1892) Proc. und Nerat. bei Paul. 7 ad Sab. (D. XXIV, 3, 17. pr.); Pomp. 21 ad Qu. Muc. (D. XLII, 1, 22. pr.); Paul. 6 ad Plaut. (D. cit. 21), Not. ad Lab. 6 Pith. (D. XXIII, 3, 84); vgl. Pomp. 16 ad Sab. (D. XXIV, 3, 16). Dies benefic. wird von Lab. cit. negirt, von Proc. und Ner. citt. affirmirt, ohne daß jedoch, wie Nerat. bei Paul. 6 ad Plaut. cit. bekundet, die Praxis bis dahin ſolche Lehrmeinung adoptirt hatte. — Dagegen das benefic. compet. des Empfängers der Dos oder ſeiner Kinder als Erben gegenüber der a. rei uxoriae ſtützt ſich nicht auf die sanguinis ratio, ſondern auf die Qualität des Debitum: es erliſcht nicht mit der Löſung der Affinität.

1893) Vgl. Ulp. 5 ad Ed. (D. II, 8, 2. § 3).

Aſcendenten und Deſcendenten zum Zeugniß für oder gegen einander im Criminal-, wie Civilproceſſe.[1894])

Und eine dritte Claſſe von Rechtsſätzen gewährt endlich den Aſcendenten und Deſcendenten ein privilegirtes Succeſſionsrecht: nämlich das edictum de legatis praestandis contra tabulas bon. possessione petita, welches gegenüber der B. P. contra tab. die Legate und Fideicommiſſe, ſowie nach ſpäterer Erweiterung auch die mortis causa donatio und heredis institutio zu Gunſten der Deſcendenten und Aſcendenten aufrecht erhält,[1895]) ſowie der Rechtsſatz, daß bei legatum rei alienae an die Nämlichen der Irrthum des Teſtator über ſein Eigenthumsrecht an der res legata irrelevant iſt;[1896]) dann die lex Papia Poppaea caducaria, indem ſie den Aſcendenten und Deſcendenten bis zum dritten Grade im Falle des Cölibates und reſp. der Orbität das Accreſcenzrecht beläßt;[1897]) nicht minder die Rechtsſätze, daß den Kindern in beliebigen Worten ein Fideicommiß hinterlaſſen werden könne (A. 688) und daß bei crimineller Vermögensconfiscation den in iustae nuptiae erzeugten, wie adoptirten Kindern je ein Zwölf-

---

1894) Paul. sent. rec. V, 15, 3 (Collat. IX, 3, 3); Diocl. im C. Just. IV, 20, 6; vgl. Geib, Crim. Pr. 336. Einen Gegenſatz ergiebt Ulp. 3 ad Ed. (D. II, 1, 10): qui iurisdictioni praeest, neque sibi ius dicere debet, neque uxori vel liberis suis, neque — ceteris, quos secum habet, wo die Hausangehörigkeit, nicht die Verwandtſchaft den Entſcheidungsgrund ergiebt.

1895) Jul. 23 Dig. (D. XXXVII, 5, 2. 6); Ulp. 40 ad Ed. (D. cit. 1. 3. § 1 fg.); Alex. im C. Just. VI, 12, 1. und zwar mit Inbegriff der in adoptionem dati: Ulp. cit. (D. cit. 1. § 2), wogegen ein privilegium dotis der gleiche Anſpruch der uxor und nurus auf relegatum dotis iſt. — Mort. c. don.: Ulp. cit. (D. cit. 3. pr.); teſtament. Erbtheil, der jedoch eventuell auf Kopftheil gemindert wird: Jul. bei Ulp. cit. (D. cit. 5. § 6), rescr. Anton. Pii bei Ulp. cit. und Tryph. 16 Disp. (D. cit. 7); vgl. Afr. 4 Quaest. (D. XXXVII, 4, 14. pr.). Somit blieb es für die zur B. P. unde liberi berufenen, inſtituirten Kinder im Effecte gleich, ob ſie auf obiges Edict oder auf das über die B. P. contra tab. comisso per alium edicto ihren Erbanſpruch ſtützten.

1896) Pomp. 5 ad Qu. Muc. (D. XXXIV, 2, 10); Alex. im C. Just. VI, 37, 10.

1897) Ulp. XVIII. Justinian. im Cod. VI, 51. pr. vgl. Cels. 36 Dig. (D. XXXI, 1, 29. § 2); Ulp. I, 21. XXV, 17.

theil ihrer Inteſtaterbportion ungeſchmälert zu belaſſen ſei;[1898]) wie endlich auch die civilen und honorariſchen Inteſtaterb-Ordnungen betreffs der Aſcendenten und Deſcendenten ſammt der querela inofficiosae donationis, einer qualificirten rei vindicatio, welche den Kindern wegen Verletzung des Pflichttheiles durch Schenkung unter Lebenden Seitens der Eltern wider den Beſchenkten von Sev. Alex. gegeben ward.[1898a])

Und zwar, was zunächſt die civilen Inteſtaterb-Ordnungen betrifft, ſo ward zuvörderſt der Mutter ein Erbrecht gegen die Kinder verliehen: zuerſt durch den Kaiſer Claudius, welcher die uxor in manu gegenüber ihren Kindern als eigene Erbclaſſe zwiſchen die sui und die consanguinei einſchob und ſonach vor den Letzteren und mit Ausſchluß derſelben zur hereditas legitima berief;[1899]) und ſodann durch das S. C. Tertullianum unter Hadrian,

1898) Die Vermögensconfiscation als geſetzliche Maaßregel beginnt, abgeſehen von der alten sacratio capitis, mit der lex Cornelia de proscriptione v. 673, welche das geſammte Vermögen des proſcribirten Hochverräthers ergriff: Cic. p. Rosc. Am. 43, 126. Vell. Pat. II, 28. Quint. J. O. XI, 1, 85 u. a. m. Dieſe Strafe ward dann neu geregelt durch Cäſars leges de vi und maiestatis v. 708, wonach die Confiscation lediglich theils bei perduellio: Ulp. 8 Disp. (D. XLVIII, 4, 11), wozu vgl. Plin. Pan. 42. Dio Cass. LVIII, 14—16. Tac. Ann. VI, 29, theils beim paricidium im alten Umfange beibehalten, bei den übrigen Capitalverbrechen dagegen auf die Hälfte des Vermögens herabgeſetzt ward: Cic. bei Suet. Caes. 42. Hadrian reformirt indeß dieſes Recht dahin, daß nicht nur die confiscirten Güter ſtatt an den kaiſerlichen Fiscus an das Staatsärar überwieſen wurden: Spart. Hadr. 7, wozu vgl. Ulp. 7 de Off. proc. (D. XLVIII, 8, 4. § 2), ſondern auch der ganz neue legislatoriſche Gedanke verwirklicht ward, es ſeien die Kinder des Verbrechers dahin zu privilegiren, daß dieſelben unbedingt eine beſtimmte Quote des Vermögens und zwar je $^1/_{12}$ empfingen: Spart. Hadr. 18: liberis proscriptorum duodecimas bonorum concessit. Und dieſe Rechtsordnung blieb nun, wenn auch von einzelnen Kaiſern mißachtet: Rein, Crim. Rt. 539, doch als Regel in Beſtand: Callistr. 1 de iur. fisc. (D. XLVIII, 20, 1. § 1. 2), Paul. de part. quae. lib. damn. (D. cit. 7. pr. § 2—4) und ward von den gerechten Kaiſern beobachtet: vgl. Capit. Ant. Phil. 24. Avid. Cass. 11 fg. Vgl. A. 1139. 1934. Burchardi, Lehrb. § 294. Rein, a. O. 35. 537 fg. und in Pauly's Realenc. VI, 250. Wegen des ſpäteren Rechtes ſ. A. 1934.

1898a) Alex. bei Paul. 14 Resp. (D. XXXI, 1, 78. § 3), wozu vgl. Gord. im C. Just. VIII, 57, 2. ſowie Francke, Rt. der Notherben 499, Mühlenbruch in Glück, Pand. XXXVI, 42 fg.

1899) J. Just. III, 3, 1: divus Claudius matri ad solatium liberorum

welches, die claudiſche Erbordnung aufhebend, die alte Aufeinanderfolge der sui und consanguinei wieder herſtellte, dagegen aber in dem Falle des Ueberlebens einer Mutter mit ius liberorum jene letztere Claſſe ſelbſt wieder in der Weiſe ſpaltete, daß bei Vorhandenſein von consanguinei dieſe die Mutter ausſchloſſen und diesfalls ſomit die alte Erbordnung Platz griff, anderenfalls dagegen die Mutter in die Claſſe der consanguineae eintrat und ſei es mit dieſen zur Hälfte, ſei es ohne dieſe unter Ausſchluß der agnati erbte. Gegenüber den Libertinen, wie Emancipirten aber ward der Patron in ſeiner dem consanguineus parallelen Stellung belaſſen.[1900])

Hinwiederum den Kindern i. e. S., gleichviel ob ehelich oder unehelich, ob cap. deminuti oder nicht, aber nur dafern ingenui cives Romani und nicht infames, gab das S. C. Orphitianum von 178 ein Erbrecht gegen die Mutter, indem die Erſteren gegenüber der mater ingenua, wie a patre emancipata mit ius liberorum vor die Claſſe der consanguinei und reſp. des pater manumissor und ſomit parallel der Claſſe der sui eintraten, gegenüber der mater liberta, wie a patre emancipata ohne ius liberorum aber in die Claſſe von patronus, pater manumissor eintraten,[1901]) Beſtimmungen, welche das Erbrecht der letzteren Beiden ganz weſentlich umgeſtalteten.

Sonach aber ergiebt ſich ſeit dem S. C. Tertull. und Orphit. für die gegenwärtige Periode folgendes Erbſyſtem der hereditas legitima ab intestato:[1902])

---

amissorum legitimam eorum detulit hereditatem, ſomit die der Mutter, als consanguinea, deferirte legitima hereditas ward ihr allein überwieſen und mit Ausſchluß aller übrigen consanguinei, consanguineae.

1900) Gai. III, 33a. Ulp. XXVI, 8. 13 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2. § 6. 15. 17. 47); Paul. ad. S. C. Tert. (D. cit. 5), sent. rec. IV, 9, 1; J. Just. III, 3, 2. fg. Justinian. im Cod. VI, 56, 7. pr. Nov. 22. c. 47. § 2. vgl. Valent. im C. Th. V, 1, 2.

1901) Gai. ad S. C. Orphit. (D. XXXVIII, 17, 9); Ulp. 12 ad Sab. (D. cit. 1); Paul. ad S. C. Orph. (D. cit. 6. § 1), sent. rec. IV, 10. Modest. 9 Reg. (D. XXXVIII, 17, 4); Alex. im C. Just. VI, 57, 1. J. Just. III, 4, pr. § 3. III, 3, 3. Den Ausſchließungsgrund der infamia beſeitigte die ſpätere Jurisprudenz: Ulp. 12 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 1. § 6.) vgl. Glück, Inteſtaterbſ. 263.

1902) Die Erben beider Sen. Conſulte hatten natürlich auch B. P. unde

I. Gegenüber dem ingenuus, a parente naturali emancipatus, libertus civis Romanus, ingenua, a parente naturali emancipata mit ius liberorum:

1. Cl. gegenüber ingenui, emancipati, wie liberti mit mindeſtens drei leiblichen Kindern oder weniger als 100,000 Seſterzien im Vermögen: sui, suae: iure antiquo;
   gegenüber liberti mit weniger als drei leiblichen Kindern und mindeſtens 100,000 Seſterzien im Vermögen: sui, suae und patronus, patrona mit ius III liberorum oder die männliche Deſcendenz Beider reſp. mit einem Kinde je nach Kopftheil: lege Papia Poppaea (Gai. III, 42. 45. 50. 53. Ulp. XXIX, 7. wie A. 1839b);
   gegenüber ingenuae und emancipatae: filii, filiae ingenui cives Rom.: S. Cto. Orphit.;
2. Cl. gegenüber ingenui, ingenuae, dafern die Mutter mit ius liberorum am Leben iſt: consanguinei allein: S. Cto. Tertull.; anderenfalls: consanguinei, consanguineae: iure antiquo;
   gegenüber emancipati, emancipatae, liberti: pater manumissor, reſp. patronus oder deſſen agnatiſche Deſcendenz, patrona: iure antiquo (A. 1903), oder filius patronae mit einem Kinde: lege Papia Poppaea (A. 1839b);
3. Cl. consanguineae und mater mit ius liberorum je zur Hälfte: S. Cto. Tertull.;
4. Cl. gegenüber ingenui, ingenuae: agnati: iure antiquo;
   gegenüber emancipati, emancipatae: avus, proavus etc. manumissor: S. Cto. Tertull.

---

legitimi. Allein überdem griff das Edict in Einem Punkte auch modificirend in das Recht des S. C. Tert. ein: dafern ein pater naturalis vorhanden war, der nicht als heres legitimus, ſondern erſt in der Claſſe unde cognati ſuccedirte, ſo dafern der avus den Enkel manumittirt oder der pater manumissor nachher cap. dem. minima erlitten hatte, wird derſelbe von der Mutter nur dann ausgeſchloſſen, wenn hinter derſelben agnati ſtehen oder die neben derſelben ſtehenden consanguineae antreten; anderenfalls dagegen, dafern ſomit die Mutter allein zur Succeſſion gelangen würde, giebt das Edict ganz ſingulärer Weiſe dem Vater B. P. unde cognati cum re gegenüber der Mutter oder, mit anderen Worten, es beruft zugleich Beide zur B. P. unde cognati: Ulp. XXVI, 8. 13 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 2. § 17. 18); Paul. 3 ad S. C. Tert. (D. cit. 5. § 2); Modest. Reg. (D, cit. 3).

II. Gegenüber der a parente naturali emancipata ohne ius liberorum und der liberta civis Romana:

1. Cl. filii, filiae ingenui cives Romani und pater manumissor, resp. patronus, patrona oder die männliche Descendenz Beider resp. mit einem Kinde oder filia patroni mit ius liberorum, nach dem Vorgange der lex Papia Poppaea zweifelsohne je nach Kopftheil: S. Cto. Orphit.[1903])
2. Cl. mater mit ius liberorum: S. Cto. Tertull.
3. Cl. avus, proavus etc. manumissor: S. Cto. Tertull.

Dagegen das prätorische Edict gab den Descendenten ein prärogatives Erbrecht theils in der B. P. unde liberi, theils in der B. P. contra tabulas zum Schutze des Notherbrechtes der in der Classe unde liberi Berufenen. Und zwar wurden dort durch das Edict neben den sui auch die blutsverwandten emancipirten Descendenten, nicht aber die in adoptionem dati zur Succession in den Nachlaß des väterlichen Ascendenten berufen,[1904]) neben

---

1903) Wegen des patronus vgl. Gai. III, 44. 47. Ulp. XXIX, 3. 12 ad Sab. (D. XXXVIII, 17, 1. § 9: si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur): vgl. Th. et Valent. in Nov. Val. XXIV, 1, 6. Wegen des pater manumissor: Ulp. XXVI, 8. 13 ad Sab. (D. cit. 2. § 15); vgl. Modest. 8 Reg. (D. cit. 3); Grat. Val. et Th. im C. Th. V, 1, 3. Auf beide Personen bezieht sich das S. C. Orph. in Dig. XXXVIII, 17, 1. § 9: si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto. Vgl. Schmidt, Pflichttheilsr. des Patronus 24 A. 53. Wegen des avus etc. manumissor: Ulp. 13 ad Sab. cit. Paul. ad S. C. Tert. (D. cit. 5. § 2). Der pater adoptivus manumissor hat consequenter Weise gar kein Erbrecht: Ulp. 13 ad Sab. cit. Wegen der filia patroni: Gai. III, 47. Wegen filius patroni, patronae: Gai. III, 45. 53 f. A. 1839 b. Wegen der patrona: Gai. III, 51.

1904) Vgl. A. 1795. Die Bezeichnung dieser Erbclasse in dem S. C. Tert. lautete: suus heres quive inter suos heredes ad bon. possessionem a praetore vocatur: Ulp. XXVI, 8 vgl. J. Just. III, 3, 3. — Die Nichtexistenz dieser B. P. in voriger Periode ergiebt sich aus dem Edicte in A. 1828, insofern dieses nach Ulp. XXIX, 1 nur die sui naturales, nicht aber die cognatischen Descendenten dem Patrone entgegenstellte. Denn wenn Gai. III, 41 Gleiches auch noch von den emancipati, wie in adoptionem dati berichtet, so ist dies sicher neueres, ja beziehentlich neuestes Recht: A. 1907. Im Uebrigen vgl. Leist in Glück, Pand. Bücher 37. 38 Thl. II, 10 fg. Da indeß die B. P. contra tab. der liberi bekannt ist dem Lab. bei Ulp. 40 ad Ed. (D. XXXVII, 4, 8. § 11) und diese jene erstere voraussetzt, so sind beiderlei Edicte dem Zeitalter Augusts zu überweisen. Allein zuerst ist die B. P. unde liberi

welche dann die Rechtswiſſenſchaft und reſp. Legislation noch drei verſchiedene Claſſen von Perſonen ſtellte: zunächſt das nach der Emancipation des Sohnes von demſelben erzeugte Kind gegenüber ſeinem avus naturalis,[1905]) ſodann das in der patria potestas ſeines Großvaters verbliebene Kind eines emancipatus gegenüber ſeinem pater naturalis,[1906]) wie endlich unter gewiſſen Vorausſetzungen den in adoptionem datus,[1907]) in allen welchen Fällen ſomit die B. P. nicht als edictalis, ſondern als decretalis ertheilt ward.[1908]) Dagegen die B. P. contra tabulas ſchützte vornämlich[1909]) das Erbrecht der in der Claſſe unde liberi Be-

---

zweifelsohne als Erbordnung der Latini ingenui durch das edictum peregrinum und ſomit bereits in der vorigen Periode proponirt worden: Thl. II, 747. vgl. oben A. 1839, ſo daß ſie von dort aus in das edict. urbanum recipirt wurde. — Dafern die B. P. unde liberi in den Nachlaß des libertus civis gegeben ward, ſo concurritte damit die B. P. contra liberos des Patrones nach der lex Pap. Popp.

1905 Ulp. 39. 79 ad Ed. (D. XXXVII, 6, 5. pr.).

1906) Anton. et Ver. bei Ulp. 79. 39 ad Ed. (D. XXXVII, 6, 5. pr. XXXVIII, 6, 6) und bei Modest. 6 Pand. (D. XXXVII, 8, 4); vgl. Ulp. 39 ad Ed. (D. XXXVII, 4, 3. § 9).

1907) Nämlich a. der in adoptionem gegebene und bei Lebzeiten ſeines pater naturalis emancipirte Sohn gegenüber dem Letzteren: Gai. II, 137. Paul. 2 ad Sab. (D. XXXVIII, 6, 4); J. Just. II, 13, 4. III, 1, 10. 13; Justin. im Cod. VIII, 48, 10. pr.; b. der von dem in adoptionem Gegebene gezeugte und emancipirte Sohn gegenüber ſeinem avus naturalis: Afric. 4 Quaest. (D. XXXVII, 4, 14. § 1), Paul. 41 ad Ed. (D. cit. 6. § 4); c. der von ſeinem emancipirten Vater ſeinem avus naturalis in Adoption Gegebene gegenüber ſeinem pater naturalis: Ulp. 37 ad Ed. (D. cit. 3. § 8); d. der vom Großvater in adoptionem gegebene Enkel aus dem emancipirten verſtorbenen Sohne gegenüber dem avus naturalis: Ulp. cit. (D. cit. 3. § 7). Dagegen entſpricht dem Edicte, daß die B. P. unde liberi des emancipatus wider ſeinen Vater nicht verloren geht, wenn ſpäter der Letztere ſich arrogiren ließ: Marcell. bei Ulp. 35 ad Sab. (D. cit. 17), was noch Jul. beſtritt, damit zugleich bekundend, daß alle dieſe Sätze unter a—d poſtjulianiſch ſind.

1908) Die letztere verhält ſich zu der erſteren, wie die a. in factum (z. B. leg. Aquiliae) zur directa.

1909) Daneben ward die B. P. contra tab. commisso per alium edicto in dem Falle, daß die B. P. contra tab. ſchlechthin begründet iſt, den zu Erben eingeſetzten Kindern ertheilt und zwar a. den zur B. P. unde libri Berufenen: Scaev. Quaest. (D. XXXII, 1, 103. § 2); Afric. 4 Quaest. (D. XXXVII, 4, 14. pr.); Ulp. 39. 40 ad Ed. (D. cit. 3. § 11. fr. 8. § 14. fr. 10. § 6); Paul. 41 ad Ed. (D. cit. 4. § 3); b. den in adoptionem dati: Lab.

rufenen,[1910]) indem ſolches zu einem Notherbrechte erhoben ward und zwar mit den Abweichungen vom Civilrechte, daß auch bezüglich der nepotes, pronepotes etc. die exheredatio nominatim facta erfordert,[1911]) ſowie den filiae, nepotes, neptes etc. gleich den filii ein Anſpruch auf das As gegeben wurde, eine Beſtimmung, die jedoch Anton. Phil. bezüglich der filiae, neptes etc. dahin abänderte, daß dieſelben nur die Quote erhalten ſollten, welche ſie nach ius civile durch die perſonale Accreſcenz erhalten würden.[1912]) Endlich ertheilte das Edict nach Ulp. 45 ad Ed. (D. XXXVII, 12, 1. pr. § 1) auch wiederum dem manumissor pater, avus paternus, wie paterni avi pater eine B. P. contra tab. emancipati auf die Hälfte des Nachlaſſes, welche die Rechtswiſſenſchaft nach Paul. 8 ad Plaut. (D. cit. 3. pr.) bei Erbeinſetzung einer turpis persona auf das As extendirte.

Dagegen eine durchaus finguläre Abkehr von der sanguinis ratio liegt in der oben unter I angegebenen Rechtsordnung der lex Papia Poppaea, welche in das Vermögen des libertus neben den sui ſchlechthin den Patronen ein ganz neues Succeſſionsrecht beilegt, ja ſelbſt B. P. contra tab. auf die entſprechende Erbquote ertheilt.

In einer weiteren Gruppe von Rechtsſätzen ſodann wird den Geſchwiſtern eine gleich privilegirte Stellung, wie den Deſcendenten und Aſcendenten eingeräumt und ſo zwar, abgeſehen von der ſchon früher überlieferten querela inoff. testam.,[1913])

---

bei Ulp. 40 ad Ed. (D. cit. 8. § 11); Ulp. 40 ad Ed. (D. cit. 8. § 12. 13. fr. 10. § 1—3. XXXVII, 6, 1. § 14); Paul. 41 ad Ed. (D. XXXVII, 4, 11. pr.). Dagegen blieb den Kindern der Mutter gegenüber das Notherbrecht verſagt: J. Just. III, 7, 3.

1910) Nicht bloß der durch das Edict, ſondern auch der durch das ius civile (A. 1905—1907) Berufenen, ſo Afric. 4 Quaest. und Paul. 41 ad Ed. (A. 1907 unter b), Ulp. 37 ad Ed. (A. 1907 unter d), dahingegen nicht über jene Gränzen hinaus, ſomit insbeſondere nicht der in adoptionem dati im Allgemeinen: Paul. 41 ad Ed. (A. 1907 unter b), wozu vgl. Justinian im Cod. VIII, 48, 10. pr. — Wegen des Alters des Edictes ſ. A. 1904.

1911) Gai. II, 125. 129. 135. Ulp. XXII, 23. Justin. im Cod. VI, 28, 4. pr. Jnst. II, 13, 3.

1912) Gai. II, 125. — Gai. II, 126. Justin. im Cod. VI, 28, 4. pr. Theoph. Par. II, 13, 3. vgl. Nov. Major. VI, 1, 3.

1913) Die gegenwärtige Periode erkannte an, daß die ferneren Ver-

welche jetzt nun ihre Durchbildung im Detail empfängt,[1914]) in der B. P. unde decem personae[1915]) und in dem Rechtssatze, daß die sanguinis ratio genüge, um für die bon. fid. a. das zur Obligation erforderte Interesse zu begründen (A. 1569).

Endlich die letzte Gruppe der privilegirten Personen sind die Ehegatten, denen einander gegenüber theils gewisse Cognatenrechte beigelegt sind: in dem Rechtssatze, daß die Frau als assertor in libertatem auch wider Willen des in possessione servitutis befindlichen Mannes auftreten kann,[1916]) theils aber auch gewisse den Ascendenten und Descendenten gewährte Rechte: nach Maaßgabe einer Constitution von Antoninus Pius das beneficium potentiae,[1917]) nach dem Edict in Dig. II, 8, 21. § 2 das Recht, daß der Gatte den vom Anderen offerirten fideiussor iudicio sistendi causa datus nicht zurückweisen dürfe (A. 1893), ferner das Recht, die vom Gatten legirte res aliena auch dann beanspruchen zu dürfen, wenn dieser im Irrthume über deren Eigenthumszuständigkeit sich befand (A. 1896), wie endlich in dem Rechtssatze, daß zwischen Gatten ebenso actiones famosae,

---

wandten zwar nicht im Principe, wohl aber durch das Fehlen jeglichen Präjudizes ausgeschlossen seien: Ulp. 14 ad Ed. (D. V, 2, 1. 6. pr.). Erst Dioclet. im C. Just. III, 28, 21 versagte denselben auch in thesi die Querel. Vgl. auch Brinz, Pand.: § 186.

1914) Namentlich gehört dieser Periode an die Fixirung des Pflichttheiles nach einer Quote des Intestat-Erbtheiles, wobei man die lex Falcidia mit ihrer Quart zur Analogie herbeizog: Gord. im C. Just. VIII, 57, 2. Diocl. et Max. daf. III, 36, 21. Diocl. et Const. in fr. Vat. 281, wovon nun die spätere Zeit für den Pflichttheil die Benennung quarta Falcidia entnahm: Arc. et Hon. im C. Th. IX, 14, 3. § 2. Th. et Val. daf. XVI, 8, 28. Nov. Maior. VI, 1, 3.

1915) Diese B. P. wird deferirt an pater, avus, avia paterni, materni; dann an filius, filia, nepos, neptis ex filio, filia; endlich an frater, soror consanguinei, uterini, somit bis zum zweiten Grade: Ulp. XXVIII, 7. 2 Just. (Collat. XVI, 9, 2); J. Just. III, 9, 3. Theoph. in h. l. Das Edict ist jünger als das Unde liberi, da es auch die Kinder der filia beruft; im Uebrigen vgl. A. 1839.

1916) Ulp. 54 ad Ed. (D. XL, 12, 3. § 2); s. A. 1879. Daß jetzt die Rechtsbildung die Aufgabe übernahm, ein eigentliches Erbrecht zu bilden, erkennt bereits Roßbach, röm. Ehe 58 fg.

1917) Paul. 7 ad Sab. (D. XXIV, 3, 17. § 1); Modest. 2 Diff. (D. XLII, 1, 20); s. A. 1891.

als auch ſolche Rechtsmittel ausgeſchloſſen ſind, welche auf eine in der gemeinen Meinung herabwürdigende Handlung concipirt ſind, ſo insbeſondere actiones poenales.[1918]) Und dazu tritt endlich noch die B. P. unde vir et uxor.[1919])

Schließlich noch iſt eine geſonderte Betrachtung einem der gegenwärtigen Periode angehörigen, höchſt bemerkenswerthen Inſtitute zuzuwenden: dem Familienrathe, der aus dem consilium vom alten iudicium domesticum des paterfamilias, wie tutor ſich entwickelte und in Folge des Unterganges der Gentilität zu einem ächten Rechtsinſtitute ausgebildet ward.

Unter den manichfachen Functionen nämlich, welche von Alters her der gens zufielen, lag derſelben auch der Beruf ob, als Familienrath zu dienen d. h. bezüglich gewiſſer die perſönlichen Verhältniſſe der zur gens behörigen patresfamilias oder auch mulieres sui iuris berührender Fragen eine maaßgebende Entſcheidung zu treffen. Und zwar weiſen auf ſolche Stellung der gentes nicht allein die Quellenzeugniſſe über verſchiedene von denſelben gefaßte Entſcheidungen hin,[1920]) ſondern auch die Vorſchrift der XII Tafeln, wonach zur cura furiosi, wie prodigi legitima die agnati und gentiles gleichmäßig berufen ſind

---

1918) Gai. ad. Ed. praet. (D. XXV, 2, 2): in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem denegatur; Diocl. im C. Just. V, 21, 2: constante — matrimonio neutri eorum neque poenalis, neque famosa actio competit; und ſo insbeſondere a. furti: Paul. 7 ad Sab. (D. cit. 1. 3. § 2), a. de dolo: Sev. und Car. im C. Just. V, 12, 1. Zuläſſig ſind nur rein reiperſecutoriſche Klagen: Jul. 19 Dig. (D. cit. 22. § 1); Ulp. 5 Reg. (D. cit. 24); Paul. cit. (D. cit. 6. § 5); Marc. 3 Reg. (D. cit. 25); Diocl. cit. oder Klagen mit veränderter formula: Sev. und Car. cit., Alles wie in A. 1882 fg.

1919) Dieſe B. P. muß jünger ſein, als das S. C. Tertull. und iſt demnach auf das edictum perpetuum ſelbſt zurückzuführen. Anders Leiſt, a. O. I, 65.

1920) So bei Becker-Marquardt, r. Alterth. II, 1. A. 79. 80. V, 1. A. 2342. Schneider, r. Perſonennamen 24. Und ſolcher Gentilbeſchluß, nicht aber, wie Klenze, a. O. 28. A. 3 will, ein iudicium domesticum, liegt vor in dem Falle bei Val. Max. III, 5, 1: praeturam — cui propinqui ab eo (sc. Cn. Cornelio Scipione) pollui animadverterent, id egerunt, ne aut sellam ponere aut ius dicere auderet insuperque e manu anulum, in quo caput Africani sculptum erat, detraxerunt d. h. durch Gentilbeſchluß ward dem entarteten Sohne des Africanus die Ausübung der Prätur, wie das Tragen des Familienringes unterſagt.

(A. 1808), indem für die Auswahl und Bestimmung der unter den so berufenen Delaten geeigneten Persönlichkeit nothwendig eine Instanz gegeben sein mußte, als welche in jener ältesten Zeit unmöglich ein Magistrat, somit aber lediglich die gens fungiren konnte. Und in entsprechender Maaße haben wir der gens auch ebenso eine Concurrenz bei Beantragung der interdictio re et commercio, wie eine Mitwirkung bei Entscheidung der das Wohlergehen des Mündels betreffenden concreten Fragen, so z. B. wegen Unterbringung und Erziehung desselben, wegen Wahl von Verlobten und Gatten des Mädchens, wegen der Pubertät des Pupillen, nicht minder aber auch eine Ueberwachung des tutor impuberis beizumessen, um so mehr als einestheils das Verfahren wider den tutor suspectus damals nicht ex officio, sondern lediglich auf Grund eines vom Privaten erhobenen Rechtsmittels erfolgen konnte (vgl. A. 1926), und anderntheils der selbst in tutela impuberis oder in cura furiosi Stehende zugleich wieder tutor impuberis, wie mulieris sein konnte. Mit der gegenwärtigen Periode nun zersetzten sich die gentes, bedingt durch die eingetretenen historischen Wandelungen: denn theils war im Verlaufe der verflossenen Jahrhunderte die Nachweisbarkeit der ursprünglichen Verwandtschaft der gentiles völlig unmöglich geworden (A. 1805), so daß diese Verwandtschaft selbst nur noch als theoretischer Satz des Staatsrechtes, nicht aber als empirische Thatsache dem Volksbewußtsein entgegentrat, so aber die Gentilität auch keinen Stützpunkt mehr bieten konnte für das Gefühl verwandtschaftlicher Zusammenbehörigkeit, theils hatten in den vornehmen Geschlechten unterhalb der gentes einzelne Agnaten-Familien sich abgezweigt, welche, durch ein eigenes agnomen sich unterscheidend, ihrer Verwandtschaft unter einander sich deutlich bewußt waren und so nun dem Familien-Gefühle einen näherliegenden und faßbareren Stützpunkt boten; theils endlich waren und so namentlich in den Zeiten der Bürgerkriege manche althistorische Geschlechter, welche Träger einer durch die Tradition befestigten Gentilität waren, untergegangen oder verkümmert, während anderen auftretenden neuen Geschlechtern die historische Tradition einer altbegründeten Gentilität völlig mangelte. Mit dem so sich vollziehenden Untergange der Gentilität wurde daher die römische Familie eines Organes beraubt,

deſſen ſie namentlich auf dem Gebiete der Vormundſchaft um ſo dringender bedurfte, als in deren Verwaltung bis auf Septimius Severus herab[1921]) die Magiſtratur ex officio gar nicht eingriff, gleichwohl aber manichfache Fragen, wie z. B. über die Unterbringung des Mündels im Intereſſe ebenſo des Mündels, wie des Vormundes ſelbſt am Angemeſſenſten nicht dem Letzteren allein zur Entſcheidung überlaſſen blieben. Und ſo daher führte das Bedürfniß des Lebens ſelbſt darauf hin, für den untergegangenen gentiliciſchen Familienrath einen Erſatz zu ſuchen, den man nun in dem cognatiſchen Familienrathe fand, welcher ſelbſt aus dem consilium des alten iudex domesticus herausgebildet ward.

Denn indem von Alters her ebenſo die in aliena potestate, wie die in aliena tutela Befindlichen von dem regimen morum der Cenſur, wie, mit Ausnahme des paricidium, von der ordentlichen Criminaljurisdiction des Staates eximirt, vielmehr höchſtens einer extraordinaria quaestio oder der tribuniciſchen Anklage unterſtellt wurden, im Uebrigen aber dem ſittenrichterlichen, wie jurisdictionellen Amte ihres paterfamilias, wie tutor unterworfen waren; indem ſodann die Letzteren bei Ausübung ſolcher jurisdictionellen Function zur Herbeiziehung eines consilium cognatorum et affinium durch das Gebot der boni mores verpflichtet waren;[1922]) indem endlich ſolches Inſtitut des iudicium domesticum ſammt dieſem consilium bis in die frühere Kaiſerzeit ſich

1921) Früher findet ſich, abgeſehen von der dem Provinzialedicte angehörigen Beſchränkung der Veräußerungsbefugniß bei Gai. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 2, 13. § 2), wozu vgl. Platner, Prozeß II, 281 fg., lediglich der der Zeit Hadrian's angehörige Satz der Wiſſenſchaft, daß zu unentgeltlichen Veräußerungen der Tutor Decret des Prätors zu erbitten hat: Jul. 21 Dig. bei Ulp. 36 ad Ed. (D. XXVII, 3, 1. § 2). Erſt die Oratio Severi de tutoribus et curatoribus v. 195 greift bedeutungsvoll ein, namentlich durch Einführung der Obervormundſchaft.

1922) Vgl. A. 366. 1814. Danz, R. G. § 189 d—f. § 190 unter 1 und die daſ. Citirten, Voigt, lex Maenia § 9. Danz weicht von der obigen Darſtellung in drei Punkten ab: 1. die gleiche Gewalt, wie über uxor, nurus etc. in manu ſtehe dem Ehemanne auch über die nicht in manu befindliche Frau zu; allein a. dies wird widerlegt durch Liv. XXXIX, 18, 6: mulieres damnatas cognatis aut in quorum manu essent tradebant, ut ipsi in privato animadverterent in eas; b. da die nicht in manu mariti befindliche

erhielt;[1923]) ſo war nun hierin der Anknüpfungspunkt gegeben für jenen cognatiſchen Familienrath, dem wir in anderer Function als einer organiſchen Rechtsinſtitution der ſpäteren Kaiſerzeit begegnen. Und zwar fungirt derſelbe hier zuerſt als Beirath des Prätor bei deſſen Entſcheidung über gewiſſe die Perſon des Pupillen betreffende Angelegenheiten: theils bei Entſcheidung der

Frau dem iudicium domesticum ihres eigenen paterfamilias unterliegt, ſo würde daraus ein offener Conflict der Jurisdictionen ſich ergeben; c. dieſelbe gehört ſicher nicht zu „domus familiaque“ (A. 1944) ihres Gatten, folglich kann ſie deſſen domesticum iudicium nicht unterliegen; d. die Quellen ſtützen die iurisdictio domestica vielfach auf ein imperium domesticum (Voigt, a. O. A. 42), ſomit analog, wie im Staatsrechte; die Grundlage ſolches imperium iſt aber die potestas des Gewalthabers (Thl. II § 36 fg.), die wiederum über die uxor in manu allein zuſtand; e. ein juriſtiſcher Gehalt der Ehe ohne manus, wie eine techniſche Bezeichnung der ehemännlichen Gewalt ſchlechthin iſt für die frühere Zeit überhaupt erſt noch nachzuweiſen: der Mann hatte nicht einmal uxoris vindicatio; f. die Frage, wie es ſich mit der nurus außer manus verhalte: ob hier auch der Ehemann oder ob deſſen paterfam. und letzterenfalls auf Grund welchen Titels die Jurisdiction übe, dürfte nach der Annahme von Danz nicht ohne Widerſprüche lösbar ſein. — 2. Die Zuziehung eines consilium zum iudicium ſei gegenüber der Frau nöthig geweſen, gegenüber Kindern nicht; allein ſicher konnte hier, wie dort der Hausherr ohne consilium richten; allein ebenſo ſicher erforderten hier, wie dort ebenſowohl die Sitte ſolches consilium, was gegenüber den Kindern Val. Max. V, 8, 3. Sen. de Clem. I, 15, 3 bezeugen, als auch der Cenſor, wie Prätor: der Mißbrauch der hausherrlichen Gewalt unterlag ebenſo cenſoriſcher Ahndung: Becker, Alterth. II, 2. A. 546, als eventuell crimineller accusatio: Val. Max. VI, 3, 9. vgl. Klenze, in Ztſchr. f. geſch. R. W. VI, 29. — 3. Frauen, die weder in väterlicher, noch ehemännlicher Gewalt ſtehen, ſeien durch Beſchluß der Familienglieder beſtraft worden; allein diesfalls muß doch eine organiſche Leitung der letzteren vorhanden geweſen ſein, die nur dem tutor als demjenigen, welcher quasi parens est (Paul. 71 ad Ed.: fr. Vat. 304) obgelegen haben kann, deſſen consilium dann die ſolchen Beſchluß faſſenden Cognaten und Affinen bildeten, womit im Uebrigen nicht ausgeſchloſſen iſt, daß nicht der Tutor bei Strafe und zwar je nachdem des Mordes, der Körperverletzung, der Injurie oder dergl. nicht allein gleich dem pater jenes consilium berufen mußte, ſondern auch weit kategoriſcher, als der pater an deſſen Entſcheidung gebunden war: Voigt, a. O. A. 49. Im Uebrigen vgl. § 50.

1923) Daſſelbe wird noch bekundet für die Zeit Tibers und Neros: Suet. Tib. 35. Tac. Ann. XIII, 32, ſowie indirect für die Zeit Hadrians: Marcian. 14 Inst. (D. XLVIII, 9, 5). Dagegen iſt das Inſtitut nicht mehr in Anwendung bei Ulp. 1 de adult. (D. XLVIII, 8, 2).

Frage, wem der Pupill zur Erziehung zu übergeben ſei, theils bei der Wahl des Bräutigams und Ehegatten der Minderjährigen, wo neben den Verwandten auch dem Vormunde und reſp. der Mutter eine Stimme zukommt und im Falle des Diſſenſes der Prätor entſcheidet; theils ſodann bei Entſcheidung über die Ehe der Kinder eines Geiſteskranken, wo wiederum neben den Verwandten auch dem curator furiosi oder dementis eine Stimme zukommt;[1924]) theils endlich bei gerichtlichem Einſchreiten wider den abweſenden Vormund betreffs deſſen Remotion, wo neben den Verwandten des Pupillen auch die amici des Angeſchuldigten vom Prätor gehört werden,[1925]) und ſo nun endlich wohl auch bei den Erörterungen wegen der interdictio re et commercio.

Sodann zweitens tritt jener Familienrath auch ein als ſelbſt-

---

1924) Sept. Sev. bei Ulp. 34 ad Ed. (D. XXVII, 2, 1. § 1): quum quidam testamento suo cavisset, ut filius apud substitutum educaretur, — rescripsit praetorem aestimare debere praesentibus ceteris propinquis liberorum; Sev. Alex. im C. Just. V, 49, 1 (223): educatio pupillorum tuorum nulli magis, quam matri eorum, si non vitricum eius induxerit, committenda est. Quando autem inter eam et cognatos et tutorem supra hoc orta fuerit dubitatio, aditus praeses provinciae — perpendet, ubi puer educari debeat; vgl. A. 1856. Klenze, a. O. 74 fg. — Sev. et Car. im C. Just. V, 4, 1 (199): quum de nuptiis puellae quaeritur, nec inter tutorem et matrem et propinquos de eligendo futuro marito convenit, arbitrium praesidis provinciae necessarium est; Valent. Val. et Grat. im C. Th. III, 7, 1. § 1 (371): quodsi in condicionis delectu mulieris voluntas certat sententiae propinquorum, placet admodum, et in pupillarum coniunctionibus sanctum est, — si pares sunt genere ac moribus petitores, is potior aestimetur, quem sibi consulens mulier approbaverit; Hon. et Th. im C. Just. V, 4, 20 (408 oder 409): si sui iuris puella sit intra XXV annum constituta, — matris et propinquorum et ipsius quoque requiratur adultae iudicium; vgl. Scaev. 15 Dig. (D. XXXIII, 4, 14). — Justinian. im Cod. V, 4, 25 (530): aestimatione — praesidium (sc. provinciarum) — constituenda, praesentibus tam curatoribus dementis vel furiosi, quam his, qui ex genere eorum nobiliores sunt; Just. I, 10. pr.

1925) Tryph. 14 Disp. (D. XXVII, 2, 6): si absens sit tutor et alimenta pupillus desiderat, si quidem neglegentia et nimia cessatio in administratione tutoris obiiciatur, quae etiam ex hoc arguatur, quod per absentiam eius deserta derelictaque sunt pupilli negotia, evocatis affinibus (i. e. pupilli) atque amicis tutoris praetor edicto proposito causa cognita etiam absente tutore vel removendum eum, qui dignus tali nota videbitur, decernet vel adiungendum curatorem; vgl. Car. im C. Just. V, 50, 1.

ſtändige Inſtanz, berufen zum Eingreifen bei gewiſſen die Perſon des Pupillen betreffenden Angelegenheiten: theils bei Cognition über die Angemeſſenheit der Arrogation des Pupillen, theils zur Anſtellung einer Vorerörterung und zur Ertheilung eines Vorbeſcheids, dafern ein Minderjähriger die postulatio suspecti curatoris wider ſeinen Curator erheben will, theils auch, namentlich in ſenatoriſchen Häuſern, zur Ausübung einer die väterliche Autorität erſetzenden Disciplinargewalt über den Minderjährigen, wie zur Ertheilung des Eheconſenſes bei Wiederverheirathung der Wittwe unter 25 Jahren.[1926])

Und endlich haben wir auch jetzt noch dem Familienrathe die Function beizumeſſen, unter den zur legitima cura furiosi, wie prodigi berufenen Agnaten die dazu geeignete Perſönlichkeit auszuwählen.

Ueber die Zuſammenſetzung aber jenes Familienrathes geben die Quellen den genügenden Aufſchluß: es umfaßt derſelbe diejenigen Cognaten und Affinen, deren Verwandtſchaft von dem Rechte ſelbſt anerkannt wird: die sanguinis necessitate iuncti (Diocl.: A. 1926), die ex genere nobiliores (Justinian.: A. 1924), die necessarii (Sever. und Car., Ulp.: A. 1926), die propinqui (Sev., Sev. und Car., Valent. Val. et Grat., Hon. et Th.: A. 1924, Valent. et Val.: A. 1926), die cognati (Alex., Gord.: A. 1926), die affines (Tryph., Valent. Val. et Grat.: A. 1926).

1926) Diocl. im C. Just. VIII, 48, 2 (286): impuberem, quem ad vicem naturalis sobolis arrogare desideras, si hi, qui sanguinis necessitate iunguntur, id ei expedire apud praesidem provinciae confirmaverint, filium habebis, wozu vgl. Justinian. daſ. V, 59, 5, was neues Recht iſt, da das ältere die Arrogation des Pupillen gar nicht kennt: Gell. V, 19, 10. — Sev. und Car. im C. Just. I, 26, 4: puberes — curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere; Ulp. 1 de Omn. trib. (D. XXVI, 10, 7. pr.): impuberibus quidem non permittitur suspectos facere (ac. tutores); adolescentibus plane volentibus suspectos facere curatores suos permittitur, dummodo ex consilio necessariorum id faciant; Gord. im C. Just. V, 43, 6 (238): removendi — licentia — ipsi, cuius res administrantur, si non impubes sit, arbitrio cognatorum bonae opinionis constitutorum conceditur. — Valentin. et Val. im C. Th. IX, 13, 1 (365): in corrigendis minoribus — senioribus propinquis tribuimus potestatem; — iure patrio auctoritas corrigat propinqui iuvenis erratum. — Valent. Val. et Grat. im C. Th. III, 7, 1. pr. (371): consulatur affinitas, adhibeatur frequentia procerum.

§ 154.

4. Die hiſtoriſche Ausprägung der Principien von Conſtantin d. Gr. bis Juſtinian.

Die leitende Tendenz, von welcher die hiſtoriſchen Entwickelungen der gegenwärtigen Periode beſtimmt werden, iſt die Abſtoßung des rigor, wie die Ueberleitung der demſelben angehörigen Rechtsinſtitute in die Sphäre der aequitas, im Allgemeinen aber die Fortbildung alles Ueberlieferten im Geiſte und gemäß den Anforderungen der Letzteren.

Denn, was zunächſt den rigor betrifft, ſo behauptet ſich von den von der vorigen Periode auf dieſer Grundlage belaſſenen Rechtsinſtituten lediglich ein einziges noch in ſolcher Stellung: die patria potestas, und ſelbſt dies nicht, ohne daß neben derſelben ein eigenes Eltern- und Kindſchaftsrecht ſteht, überdem aber auch dieſelbe in dem einen ihrer Begründungsacte, in der Adoption ganz bedeutend beſchränkt wird durch die Vorſchriften Juſtinian's, daß die althergebrachten Effecte nur dann noch derſelben zukommen, wenn die datio in adoptionem an einen natürlichen ehelichen Aſcendenten beſchieht, allein auch diesfalls jene Effecte dann wieder aufgehoben und namentlich die zerſtörte Suität wie patria potestas bezüglich des naturalis pater reſtituirt werden, wenn der adoptivus pater bei Lebzeiten des Erſteren den adoptivus filius emancipirt; daß dagegen bei datio in adoptionem an eine andere Perſon durch dieſelbe die Suität, wie patria potestas weder bezüglich des adoptivus pater begründet, noch bezüglich des naturalis pater gelöſt werden;[1027]) wohinwiederum andrer-

---

1027) Justinian. im Cod. VIII, 48, 10 (530), wozu vgl. Jnst. I, 11, 2. I, 12, 8. III, 1, 14. Dieſe unächte Adoption iſt in Wahrheit ein ganz neues Rechtsinſtitut unter altem Namen. Dieſelbe iſt nicht mehr perſonenrechtliches Rechtsgeſchäft, welches ein juriſtiſches Surrogat der legitimen Zeugung ſchafft, als vielmehr reiner Erbvertrag, welcher dem filius adoptivus ein Inteſtaterbrecht: legitima heredit. als suus, wie B. P. unde liberi, weder aber ein Pflichttheils- oder Notherb-Recht, noch auch Kindſchaft oder Suität gewährt, daher dieſe Adoption gar nicht in das Perſonen-, ſondern in das Erbrecht gehört. In Conſequenz deſſen ſchließen weder die Adoptivkinder des libertus oder des filius emancipatus den patronus oder parens manumissor von der Succeſſion in des Erſteren Nachlaß, noch die Adoptiv-

ſeits jener vollwirkſamen Adoption die ganz neue Wirkung beigelegt wird, ſogar die cognatiſchen Erbrechte gegenüber dem naturalis pater und deſſen Familie zu zerſtören, ein Satz, der dem älteren aequum et bonum im Allgemeinen fremd iſt.[1928])

Was ſodann die aequitas betrifft, ſo werden zunächſt die von der vorigen Periode anerkannten Modalitäten der Begründung der Cognation beibehalten: Erzeugung in römiſch rechtlichem, ſei es iustum oder non iustum matrimonium, juriſtiſches Surrogat ſolcher Erzeugung: arrogatio und ächte adoptio (A. 1927), außereheliche Geburt von der civis Romana, wie servilis cognatio. Denn was insbeſondere den dritten Entſtehungsgrund betrifft, ſo ſind es ganz ſinguläre Ausnahmen, wenn Arcad. et Hon. im C. Th. III, 12, 3 (396) und Justinian. in Nov. 12 c. 3. § 1 (535) den in incestae nuptiae Geborenen gegenüber ihrer Mutter, und wenn Justinian. im Cod. VI, 75, 5 (529) den unehelichen Kindern neben ehelichen gegenüber der mater illustris das Erbrecht verſagte. Dagegen der servilis cognatio des Freien wird außer den von der vorigen Periode anerkannten Beziehungen (A. 1838) noch in zwiefacher Hinſicht juriſtiſche Wirkſamkeit beigelegt: theils von Theod. II und Valent. III in Nov. Val. XXIV, 1, 7 (447) in der Vorſchrift, daß, dafern der libertus civis keine Deſcendenten,

---

kinder des Letzteren die consanguinei und ferneren Succeſſionsberechtigten des emancipatus und reſp. libertus von der Succeſſion in des Letzteren Nachlaß aus: Justin. im Cod. VI, 4, 4. § 22. 25 (531), — wofür bereits die B. P. contra suos non naturales, wie die B. P. contra tab. liberti gegenüber dem Nämlichen (A. 1828) einen Vorgang bot —, während andererſeits wiederum der in adoptionem datus ebenſo ſeinem naturalis pater gegenüber hereditas legitima als suus und B. P. unde liberi ſammt querela inoffic. testam.: Cod. VIII, 48, 10. pr., als auch deſſen libertu gegenüber hereditas legitima behält: Cod. VI, 4, 4. § 21.

1928) vgl. A. 1796. Dagegen nun Cod. VIII, 48, 10. pr.: ad eum (sc. patrem adoptivum) tantummodo filius adoptivus spes totas extendat et non patris naturalis successionem molestare conceditur (ſomit auch nicht durch B. P. unde cognati); — is solus pater intelligatur, quem lex fecit et natura non dereliquit (d. h. in erbrechtlicher Beziehung gilt nur der pater adoptivus als pater). Alles dies iſt unvereinbar mit der Auffaſſung von Arndts, Pand. § 425 A. 2. § 475 unter c. Einen Vorgang für jene Beſtimmung Juſtinians bot übrigens bereits das Edict in der B. P. unde liberi und contra tab.: § 152.

wohl aber Aſcendenten und Geſchwiſter hinterläßt, welche ſelbſt cives ſind, dieſelben neben den Deſcendenten des Patrones 1/2 vom Nachlaſſe des Erſteren erben, theils von Justinian. im Cod. VI, 57, 6 (530), VI, 4, 4. § 9. 10. 11. 13 (531), wozu vgl. Inst. III, 6, 10. III, 2, 7 in der Vorſchrift, daß die durch servilis cognatio verwandte Deſcendenz von libertus, liberta, ſei dieſelbe vor, mit oder nach demſelben manumittirt, der civiliter verwandten Deſcendenz gleichſtehe ebenſo rückſichtlich ihrer Succeſſion in den Nachlaß von Vater und Mutter, wie von Geſchwiſtern, als auch rückſichtlich der Succeſſion von libertus, liberta ſelbſt in deren Nachlaß.[1929])

Und jenen vier Modalitäten der Begründung der Cognation fügt nun die gegenwärtige Periode deren noch zwei neue bei: einerſeits die juriſtiſchen Surrogate der Legitimität der natürlichen Erzeugung: theils Legitimation des Kindes, theils, in beſchränkterer Beziehung, deſſen formale Anerkennung Seitens ſeines Vaters,[1930]) und andrerſeits die Erzeugung im Concubinate. Denn der letzteren wird von Juſtinian zunächſt in Nov. 18 c. 5 (536) darin Relevanz beigelegt, daß die Kinder und ferneren Deſcendenten der Concubine, dafern die Erſteren nach ihrer Mutter Tode in ihres Vaters Hauſe erzogen ſind, die Concubine ſelbſt aber in des Defunctus Hauſe gelebt hat, endlich auch der Letztere die Erſtere weder neben ſeiner Ehefrau, noch neben einer anderen Concubine gehabt hat, neben allen Erben ihres Vaters mit Ausnahme von deſſen legitimen Deſcendenten und Gattin hereditas legitima auf ein mit der Mutter zu theilendes Sechstheil des väterlichen Nachlaſſes haben ſollen, eine Vorſchrift, welche Juſti-

---

1929) Da Erbberechtigter, wie zu Beerbender beide liberti ſind, ſo reducirten ſich in Wahrheit dieſe drei Fälle auf zwei. Andere Beziehungen findet in obiger Vorſchrift Schmidt, Pflichttheilsr. des Patronus 30. A. 62.

1930) Juſtin. in Nov. 117 c. 2 fordert die ad acta oder in einem instrumentum publicum vel quasi oder in einem Teſtamente Seitens des Vaters abgegebene Erklärung, wodurch er die mit einer Freien, der gegenüber kein Ehehinderniß obwaltete, erzeugten Kinder als ſeine eigenen Kinder ſchlechthin, nicht aber etwa als ſeine Concubinenkinder anerkenne. Allein der Effect ſolcher Anerkennung beſchränkt ſich darauf, nur in Bezug auf das Erbrecht die Kinder den legitimen gleichzuſtellen, nicht dagegen in Bezug auf Standesverhältniſſe oder dergl.

nian in Nov. 89 c. 12 §. 4 (539) unter Auslaſſung der thatbeſtändlichen Beſchränkungen bezüglich des Zuſammenlebens mit anderen Concubinen wiederholt; und ſodann wieder in Nov. 89 c. 13 (539) darin, daß unter gleichen Vorausſetzungen auch dem Vater gegenüber dem Concubinenkinde hereditas legitima auf gleiches Sechstheil von deſſen Nachlaſſe gegeben wird.

Dahingegen bleibt auch jetzt der peregrinen Cognation des römiſchen Bürgers die Relevanz verſagt.[1931])

Anderntheils wiederum wird an den von der vorigen Periode überlieferten Ordnungen feſtgehalten ebenſo rückſichtlich der Begründungsmodalitäten der Affinität: römiſch rechtliches matrimonium, Verlöbniß, concubinatus, wie contubernium der Sclaven in ſeiner Rückwirkung auf Freie (§ 152), als auch rückſichtlich der Löſung dieſer, wie der Cognation: durch cap. dem. media, ingleichen in erſterer Beziehung durch Löſung des die Affinität begründenden Verhältniſſes und in letzterer Beziehung durch cap. dem. minima, inſoweit die Cognation lediglich nach Maaßgabe des rigor begründet worden iſt, wogegen ganz ſingulär iſt, wenn Juſtinian durch ächte Adoption das cognatiſche Erbrecht untergehen läßt (A. 1928).

Sodann in Bezug auf die Verwandtſchaftsgrade wurde zunächſt die Wirkſamkeit der Affinität darin erweitert, daß unter dem Einfluſſe der chriſtlichen Anſchauungen die Eheverbote auf die neue Gruppe von Schwager und Schwägerin erſtreckt wurden: ebenſo auf Ehe von Mann der Schweſter mit Schweſter der Frau, wie von Bruder des Mannes (levir) mit Frau des Bruders.[1932]) Dagegen rückſichtlich der Cognation ward im All-

1931) Hierauf bezieht ſich die bei A. 1929 beſprochene Vorſchrift von Theod. II und Valent. III, daß die erbberechtigten Aſcendenten und Geſchwiſter des libertus cives ſelbſt cives ſein müſſen: ſind dieſe liberti Juniani, ſo bleiben ſie ausgeſchloſſen.

1932) Constant. et Const. im C. Th. III, 12, 2 (355); Valent. Th. et Arc. im C. Just. V, 5, 5 (384 oder 385); Basil. M. epist. 197. vgl. Gothofr. zu C. Th. III, 12, 2. Wegen der erſteren Ehe insbeſondere: Hon. et Th. im C. Th. III, 12, 4 (415); die Politik erforderte jedoch und die Souveränität geſtattete die Ehe des Kaiſers Honorius mit Thermantia, der Schweſter ſeiner erſten Frau Maria, der Tochter Stilicho's im J. 408: Zosim. V, 28. vgl. Tillemont, hist. des emper. V, 557. Wegen der letzteren Ehe ins-

gemeinen an den von der vorigen Periode geſetzten Beſtimmungen der juriſtiſch wirkſamen Grade: ſechster Grad und sobrino, sobrina natus, nata aus dem ſiebenten Grade feſtgehalten, im Uebrigen aber auch jetzt, gleichwie bereits früher, in einzelnen Beziehungen auf engere Kreiſe zurückgegangen. Und zwar gehören hierher zunächſt die Eheverbote, wo einestheils Constantin. im C. Th. III, 12, 1 (342) die von dem S. C. Claudianum geſetzte Ausnahme (A. 1866) wieder aufhebt und ſomit die Ehe zwiſchen patruus und fratris filia, wie zwiſchen patruus magnus und fratris neptis verbot, während anderntheils von Theodoſius I im Jahre 384 oder 385 die von der vorigen Periode geſetzte Ausnahme, daß im vierten Grade die Ehe zwiſchen consobrini geſtattet ſei (A. 1863), beſeitigt,[1933]) von Arc. et Hon. im C. Just. V, 4, 19 (400), wozu vgl. Hon. et Th. im C. Th. III, 10, 1 (409), J. Just. I, 10, 4. dagegen das frühere Recht wieder hergeſtellt wird. Dann wieder Juſtinian im Cod. VI, 4, 4. § 14. 15 (531), wozu vgl. Inst. III, 7, 3 beſchränkt das Succeſſionsrecht ab intestato, wie contra tab. der Erben des Patrones in den Nachlaß des libertus auf den fünften Grad der Deſcendenten und Collateralen. Sodann von Theod. II im C. Th. IV, 4, 7. § 2 (424) wird den agnatiſchen Aſcendenten und Deſcendenten bis zum vierten Grade und den cognatiſchen bis zum dritten Grade ausnahmeweiſe nachgelaſſen, nach erfolgloſer Anſtellung der her. pet. oder B. P. sec. tab. noch die a. fideicommissi auf Grund der Codicillarclauſel des nämlichen Teſtamentes zu erheben. Endlich gleichwie bereits Const. et Jul. im C. Th. IX, 42, 2 (356) gegenüber den mit der

---

beſondere: Arc. et Hon. im C. Th. III, 12, 3 (396); Zeno im C. Just. V, 5, 8. 9. Beide Ehen ſind den früheren Zeiten unanſtößig, ſo die erſtere bei Liv. I, 46, 5. Dion. IV, 79; die letztere bei Plut. Crass. 1. Apul. Apol. 117.

1933) Wegen der erſteren Ehe vgl. noch Arc. et. Hon. im C. Th. III, 12, 3 (396); Ambros. ep. 60. Firm. Mat. mathes. III, 7. IV, 1. Gothofr. zu C. Th. III, 12, 1. Dieſelbe ward geſtattet von Basiliscus: Zeno im C. Just. V, 5, 9 und dann wieder verboten von Zeno im C. Just. cit. und V, 8, 2, wobei es verblieb: Justinian. im Cod. V, 4, 17. Just. I, 10, 3. — Wegen der letzteren Ehe vgl. Arc. et Hon. im C. Th. III, 12, 3 (396); Hon. et Th. daſ. III, 10, 1 (409); August. C; D, XV. 16. Ambros. ep. 60 no. 8. Liban. Or. 49. II, 558 Reisk. Hist. Misc. XIII. p. 277 (Aug. Taur. 1853); Gothofr. zu C. Th. III, 10, 1. Florens im Theoph. ed. Reitz II, 1184 fg.

Confiscation bedrohten Capitalverbrechern, mit Ausnahme der Hochverräther und Magier, den Verwandten bis zum dritten Grade ein Successionsrecht vor dem Fiscus einräumen, so überweist auch Justinian in Nov. 134 c. 13 (556) deren Vermögen, die Hochverräther ausgenommen, an die Descendenten, eventuell an die Ascendenten bis zum dritten Grade.[1934]) Bezüglich dessen aber, der eine incestuose Ehe eingeht, wird von Arc. et Hon. im C. Th. III, 12, 3 (396) das Successionsrecht auf die legitime Descendenz bis zum dritten Grade, auf die Ascendenten bis zum zweiten Grade, wie auf Geschwister und patruus, amita beschränkt, von Justinian in Nov. 12 c. 3 (535) dagegen, abgesehen von transitorischen Bestimmungen, auf die legitime Descendenz allein reducirt (vgl. A. 1934). Dann wieder der das Trauerjahr verletzenden Wittwe werden von Grat. Val. et Th. im C. Just. V, 9, 1 (380) ebensowohl die civilen und honorarischen Intestaterb-

---

1934) Jene erstere Verordnung hoben jedoch Const. et Jul. im C. Th. IV, 42, 4 wieder auf, worauf Valent. das. c. 6 (364) den Kindern der Capitalverbrecher, die Hochverräther ausgenommen, wieder ein Vorzugsrecht vor dem Fiscus einräumen. Dann verordnen Grat. Val. et Th. das. c. 8 (380), daß der Deportatus $^1/_6$ seines Vermögens behalte, in die übrigen $^5/_6$ aber neben dem Fiscus die Descendenten zu $^1/_2$, Ascedenten zu $^1/_6$ succediren, bei Hochverrath aber die Descendenten $^1/_6$ und der Fiscus alles Uebrige erhalte. Hierauf folgt die Const. von Grat. Val. et Th. das. c. 9 (380) mit ihrer so merkwürdigen, nach A. 1940 besonders darzustellenden Erbordnung, sowie die Constit. von Arc. et Hon. das. IX, 14, 3 (397), welche bei Hochverrath den Kindern alles Erbrecht entzieht und worüber vgl. Rein, Crim. Rt. 539 fg. Endlich Hon. et Th. IX, 42, 23 (421) greifen auf das ältere Prinzip zurück: nur Kinder und Eltern succediren, schließen aber auch den Fiscus wieder aus, ausgenommen bei Hochverrath, was dann von Th. et Val. das. c. 24. pr. (426) dahin modificirt wird, daß im Falle des Raubes nur die Kinder und auch diese nur $^1/_3$ neben dem Fiscus erhalten. Ebenso läßt Justinian in Nov. 12 c. 3 (535) bei incestuoser Ehe neben den Descendenten den Fiscus auf $^1/_4$ succediren. Wegen des älteren Rechtes s. A. 1898. — Endlich werden den Capitalverbrechern vielfach gleichgestellt die Häretiker und Apostaten; insbesondere die Manichäer und Priscillianisten sammt Phrygen werden nach Arc. Hon. et Th. im C. Th. XVI, 5, 40. § 2 (407) alleinig beerbt von Descendenten, Ascendenten und Geschwistern, die Donatisten aber nach dens. im C. Th. XVI, 6, 4. pr. (405) ausschließlich von filii, filiae; endlich nach dens. im C. Th. XVI, 7, 6 (396) werden die Apostaten allein beerbt von filius, filia, nepos, neptis, pater, mater, frater, soror; im Uebrigen vgl. Thl. II A. 1029.

rechte abgesprochen, ausgenommen gegenüber den Verwandten bis zum dritten Grade, als auch die vom ersten Manne ererbten Güter zu Gunsten der X personae des Edictes, somit der Verwandten des ersten Grades und aus dem zweiten nepos, neptis, avus, avia, frater, soror. Andrerseits aber wird wiederum von Justinian die in Nov. 118 c. 3 § 1 (543) angeordnete Erbfolge der cognatischen Collateralen dem Gesetze der B. P. unde cognati: der Beschränkung auf den sechsten Grad sammt sobrino, sobrina natus, nata (A. 1849) entzogen und dem Gesetze der Agnatenerbfolge der B. P. unde legitimi (A. 1840) unterstellt d. h. ohne jedwede Gradesbeschränkung ertheilt.

Was endlich die von dieser Periode neu geschaffenen Rechtsordnungen betrifft, so verfolgen dieselben, wie obbemerkt mit Ausnahme bezüglich der patria potestas, insgesammt die gleiche Richtung: das Princip der aequitas zur Geltung zu bringen. Und nach dieser Richtung werden nun ebenso die übrigen, bisher auf den rigor gestützten Institute umgewandelt: das civile Intestaterbrecht sammt B. P. unde legitimi, die legitima tutela, wie cura furiosi und prodigi, wie nicht minder die der aequitas bereits angehörigen Rechtsinstitute ausgebildet oder auch zu ganz neuen Rechtsordnungen weiter entwickelt. Denn so, was zunächst diesen letzteren Punkt betrifft, wird nach dem Vorbilde der querela inofficiosae donationis (A. 1898[a]) von Constant. im C. Th. II, 21, 1 (358), wozu vgl. dens. das. c. 2 (360) die querela inofficiosae dotis geschaffen, von dem nämlichen systematischen Gesichtspunkte, wie diese bestimmt: zum Schutze der Kinder wider Verkürzung des Pflichttheiles durch Vermögensverfügung unter Lebenden eingeführt und als qualificirte rei vindicatio wider den Inhaber der betreffenden Dos sich richtend. Dann wieder die alte divisio patrisfamilias inter suos (S. 184) wird einerseits von Theod. in Nov. Th. XVI, 1, 5 (439) von der patria potestas abgelöst und zu einer divisio parentis inter liberos verallgemeinert, wie andrerseits durch Justinian in Nov. 107 c. 1 (541) zu dem sogen. testamentum parentis inter liberos umgestaltet (A. 688). Nicht minder wird von Theod. II und Val. III im C. Just. VI, 52, 1 (450) die sogen. transmissio Theodosiana eingeführt, wonach das von Ascendenten an Descendenten letztwillig hinterlassene Erbtheil oder Vermächtniß auf die Descendenten der Letzteren

transmittirt wird. Im Allgemeinen aber gelangt jetzt die bereits in der vorigen Periode zu Tage tretende (A. 524. 688) principielle Tendenz, bei Rechtsgeschäften im Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern deren normale Formalitäten in Wegfall zu bringen, zu breiterer Ausprägung (A. 686—688. 691. vgl. 695), wenn auch nicht zu allgemeiner Durchführung.

Sodann wieder in der Sphäre der Affinität wird zunächst von Theod. et Val. wohl im Jahre 426 den Ehegatten ein prärogatives Erbrecht vor gewissen entfernteren Verwandten eingeräumt, welches jedoch denselben bereits im Jahre 428 von den Nämlichen im C. Th. V, 1, 9, wozu vgl. Gothofr. in h. l. wieder entzogen wird; und sodann wird von Justinian zunächst in Nov. 18 c. 5 (536) der Concubine unter den oben angegebenen Voraussetzungen neben ihren Kindern hereditas legitima auf einen Kopftheil des ihren Kindern zukommenden Sechstheiles des Nachlasses verliehen, und diese Vorschrift in Nov. 89 c. 12 (539) in der Hauptsache wiederholt. Endlich wird von demselben in Nov. 53 c. 6 (537) dem armen Ehegatten am Nachlasse des reichen Gatten in Concurrenz mit allen Erben hereditas legitima auf $^1/_4$, obwohl nur bis zu einem Maximum von 100 Pfund Goldes, wie unter Abrechnung hinterlassener Legate beigelegt, worauf dann schließlich in Nov. 117 c. 5 (541) solches Erbrecht wiederum entzogen wird ebenso dem armen Wittwer gegenüber der reichen Defuncta, wie auch der armen Wittwe, dafern solche mit Kindern concurrirt, indem solchenfalls dieselbe nur den Nießbrauch an jener obigen Portion empfängt.[1934a])

Dagegen von den von Alters her auf den rigor fundirten Rechtsinstituten ist es zunächst vor Allem die hereditas legitima und B. P. unde legitimi, wie resp. unde liberi, welche Schritt um Schritt von der gegenwärtigen Periode vollständig auf die aequitas übergeleitet werden, und dies zwar in der doppelten Richtung ebenso einer Bevorzugung der Verwandten vor den Nichtverwandten, wie einer Gleichstellung der Cognaten mit den Agnaten.

1934a) Dagegen gehört nicht hierher, daß Honor. et Th. im C. Th. VIII. 17, 2 den Ehegatten unbeschränkte solidi capacitas gewähren: denn dies ist nicht Privileg auf Grund der sanguinis ratio, als vielmehr Aufhebung eines seit Const. im C. Th. VIII, 16, 1 sich ergebenden privilegium odiosum.

Und zwar jene Bevorzugung der Verwandten vor den Nichtverwandten manifeſtirt ſich zunächſt in Beſeitigung der Concurrenz des manumissor, wie patronus mit den zur B. P. unde liberi (A. 1904) und in der erſten Claſſe der B. P. unde legitimi (§ 153 unter I und II) Berufenen, ſonach mit den liberi, sui, suae, filii, filiae, welche zuerſt bezüglich der emancipati, emancipatae durchgeführt wird von Grat. Valent. II und Theod. I im C. Th. V, 1, 3 (383), indem dieſe die bezüglich der a naturali patre emancipati, wie emancipatae mit ius liberorum gültige Rechtsordnung verallgemeinern und gleichmäßig in den Nachlaß aller derſelben deren leiblichen Kindern prärogatives Erbrecht vor dem Manumiſſor geben, eine Ordnung, welche von Juſtiniam im Cod. VIII, 49, 6 (531) und VI, 4, 4. § 25 (531), wozu vgl. Inst. I, 12, 6. III, 2, 8. III, 9, 4 beſtätigt wird. Und indem anderentheils die patronatiſche Stellung des manumissor der Anſchauung dieſer Zeiten mehr und mehr entſchwindet und von deſſen väterlichem Verhältniſſe allmählig verdrängt wird, eine Thatſache, die z. B. Th. et Val. im C. Th. VIII, 18, 9 (426) deutlichſt bekunden, ſo wird nun endlich von Juſtinian in Nov. 118 c. 2. 4 (534) das patronatiſche Erbrecht des manumissor gänzlich beſeitigt und in ein rein cognatiſches umgewandelt. Sodann aber wird jene erſtere Ordnung auch auf die liberti, libertae cives von Theod. II und Val. III in Nov. Val. XXIV, 1, 6 (447) übertragen: dieſelben verallgemeinern unter Aufhebung der entgegenſtehenden Vorſchriften der lex Papia Poppaea diejenige Rechtsordnung, welche nach der letzteren bezüglich der liberti mit mindeſtens drei Kindern oder weniger als 100,000 Seſtertien im Vermögen galt: den liberi, sui, suae, filii, filiae cives Romani ein prärogatives Erbrecht vor patronus, patrona einräumend.[1935])

1935) Daß das Geſetz das Succeſſionsrecht nicht bloß der liberi manumissoris, ſondern auch des manumissor ſelbſt betrifft, ergiebt § 2: de successionibus etiam (sc. libertorum) — compendium lucidae definitionis adhibemus. Itaque libertus — sive unicum pignus, sive plures cuiuslibet sexus habeat filios, — soboli suae omnes proprias, si maluerit, facultates supremo securus dimittat arbitrio d. h. die Unterſcheidung der lex Papia bezüglich der Succeſſion in den Nachlaß von liberti mit 3 oder aber mit weniger als 3 Kindern wird ganz im Allgemeinen aufgehoben; da nun dieſe Verſchiedenheit maaßgebend iſt für die Succeſſion des Patrons, ſo betrifft

Sodann manifeſtirt ſich aber auch die gleiche Tendenz in der Bevorzugung ſowohl der Geſchwiſter und Aſcendenten des libertus gegenüber den Agnaten des patronus, als auch der Geſchwiſter des emancipatus vor dem manumissor und deſſen Frau. Denn in der erſteren Beziehung ſchreiben Theod. II und Valent. III in Nov. Val. XXIV, 1, 7 (447) vor, daß, dafern der kinderloſe libertus, liberta Geſchwiſter und Aſcendenten hinterläßt, welche cives ſind, dieſe neben den Deſcendenten des Patrones, nicht aber neben dieſem ſelbſt, $^1/_2$ des Nachlaſſes erhalten, ſomit alſo in der dritten Claſſe der B. P. unde legitimi erben und die ferneren Agnaten des Patrones ausſchließen (A. 1935), eine Ordnung, die allerdings in rückläufiger Tendenz von Juſtinian im Cod. VI, 4, 4. § 9. 14 (531) wieder beſeitigt ward, indem dieſer die leibliche Deſcendenz des Patrones den Geſchwiſtern und ſo auch den Aſcendenten des Libertus wieder voranſtellt. Dagegen in der letzteren Beziehung wird zunächſt von Anaſtaſius in der älteren Conſtitution über die Emancipation von ſpäteſtens 498 (A. 1936), wozu vgl. Juſtinian im Cod. VI, 56, 7. pr. die Ordnung des S. C. Tertullian. über die Succeſſion der Geſchwiſter (§ 153) in die bona ingenui auf die bona per rescriptum principis emancipati, emancipatae übertragen: entweder erben (nach Ableben der Mutter) die cognatiſchen consanguinei, consanguineae in der zweiten Claſſe der B. P. unde legitimi oder aber beim Leben der

---

das Geſetz auch deſſen, nicht bloß ſeiner Kinder Succeſſion. Dann nun wird in § 3 den Söhnen ꝛc. des manumissor neben anderen Erben, als Deſcendenten des libertus, ein Pflichttheilsrecht auf $^1/_3$ zuerkannt, in § 4 den Töchtern ꝛc. des manumissor ſolches abgeſprochen, und in § 7 den Deſcendenten (heredes) des manumissor neben pater, mater, frater, soror von libertus, liberta ein Inteſtaterbrecht auf $^1/_3$ beigelegt. Und hierzu nun fügt § 8 als nähere Beſtimmung bei: ipsis vero manumissoribus nihil penitus derogamus etc. d. h. dem manumissor ſelbſt bleibt gegenüber pater, mater, frater, soror liberti, libertae ebenſo ſein prärogatives Inteſtaterbrecht gewahrt, wie ſeine B. P. contra tab. des Edictes auf $^1/_2$. Endlich pr. und § 1 des Geſetzes handeln gar nicht von der Succeſſion. Somit aber ſetzt jene Novelle vier Erbclaſſen gegenüber libertus, liberta cives Romani: 1. liberi cives Romani: § 6; 2. patronus, patrona: § 8; 3. pater, mater, frater, soror liberti, libertae und liberi patroni, patronae auf je $^1/_3$: § 7; 4. cognati liberti, libertae. Anders Schmidt, Pflichttheilsr. d. Patronus 27 A. 58 und die daſelbſt Citirten.

Mutter die consanguinei in der zweiten Classe, eventuell die consanguineae und die Mutter in der dritten Classe, wogegen endlich über die Reihenfolge des manumissor das Gesetz schweigt. Sodann Justinian im Cod. VI, 56, 7. § 1 (528) schließt jenen consanguinei, consanguineae gegenüber ebenso die Mutter, wie den pater manumissor von dem Erbrechte aus, den Letzteren lediglich den Ususfruct an je $^1/_3$ des Nachlasses zuweisend, was von demselben im Cod. VI, 58, 13 (532) lediglich insofern geändert ward, als dem pater manumissor der Ususfruct am gesammten Nachlasse mit Ausnahme der bona materna zugesprochen ward. Endlich Nov. 118 c. 2. 4 (534) beseitigt, wie obbemerkt, das patronatische Erbrecht des pater manumissor: es wandelt sich dasselbe in ein cognatisches Erbrecht um.

Sodann die zweite jener beiden Tendenzen: Gleichstellung der Cognaten mit den Agnaten manifestirt sich, abgesehen von den in unächte Adoption Gegebenen, welche ebensowenig Agnation, wie Cognation verlieren (A. 1927), sowohl bezüglich der emancipati, als der durch Weiber allein Verwandten.

Und zwar was zunächst die emancipati betrifft, wo bereits die B. P. unde liberi und die hereditas legitima der lex Papia Poppaea und des S. C. Tertullian., wie Orphit. (A. 1839a) einen Vorgang boten, so werden von Grat. Valent. et Th. im C. Th. IX, 42, 8. pr. (380) die emancipirten den nicht emancipirten Kindern hinsichtlich der Successsion in das Vermögen des deportirten Vaters gleichgestellt, während wiederum rücksichtlich der Successsion der Enkel in den Nachlaß der Großmutter mütterlicher, wie väterlicher Seits die cap. dem. der Mutter (wie des Vaters) für einflußlos erklärt wird von Hon. et Th. im C. Th. V, 1, 6 (420). Dagegen bezüglich der Collateralen wird noch von Grat. Val. et Th. daſ. IX, 42, 9. § 3 (380) der emancipirte consanguineus rücksichtlich der Successsion in das Vermögen des mit Todesstrafe Belegten zu den uterini d. h. in eine spätere Classe als die agnatischen Geschwister gestellt. Andrerseits aber wird die Emancipation rücksichtlich der hereditas legitima als unschädlich erklärt von Constant. im C. Th. V, 1, 1 (321) für den patruus, frater patruelis und patrui nepos insoweit, als solche mit der Mutter des Defunctus concurriren, von Theod. II und Valent. III aber im C. Th. V, 1, 7 (426) bezüglich des frater consanguineus

insofern, als dieser dem patruus, frater patruelis und patrui nepos gleichgestellt wird: er erbt zwar nicht neben consanguineus, consanguinea, wohl aber neben der Mutter allein des Defunctus und eventuell auch neben jenem Ersteren in der dritten Classe der B. P. unde legitimi $^1/_3$ des Nachlasses. Diese Rechtsordnung ward indeß durchgreifend reformirt von Anastasius in einer Constitution von spätestens 498,[1936]) wodurch die emancipirten consanguinei: frater und soror den nicht emancipirten consanguinei gleichgestellt und somit in der zweiten resp. dritten Classe der B. P. unde legitimi (§ 153) berufen werden, obwohl unter der Beschränkung, daß dieselben nach Analogie des Edictes de coniungendis cum emancipato liberis suis ebenso zur Collation verpflichtet sind, als auch lediglich die Hälfte von der Erbportion der Nichtemancipirten erhalten; und dann wieder gestattet Anastasius in einer Constitution von 502, deren Bruchstücke im C. Just. VIII, 49, 5. VI, 58, 11. VI, 20, 18 erhalten sind, überdem sogar, bei der emancipatio per rescr. principis dem Emancipirten alle Rechte und so nun auch die Suität zu reserviren, welchenfalls jedoch derselbe ebenso den sui, wie den consanguinei gegenüber zur Collation verpflichtet bleibt. Endlich Justinian im Cod. VI, 58, 15. § 1. 3 (534) verordnet, zunächst daß bei Successionen von emancipirten Geschwistern in den Nachlaß von nicht Emancipirten die von Anastasius vorgeschriebene Kürzung in Wegfall komme (§ 1); sodann daß auch die Kinder der emancipirten Geschwister den Kindern der nicht emancipirten Geschwister gleichstehen in Bezug auf Beerbung von patruus, amita, avunculus, matertera, somit als dritter Grad der agnati secundiren (§ 3); sowie daß endlich die nämliche Gleichstellung auch Platz greift bezüglich der emancipirten Kinder der emancipirten Geschwister (§ 3).

Was dagegen die durch Weiber allein begründete cognatische Verwandtschaft betrifft, so sind es fünf verschiedene Kreise, bezüglich deren die Tendenz einer Gleichstellung der Cognaten mit den Agnaten sich geltend macht.

1936) Ueber diese verlorene Constitution referiren Anastas. im C. Just. V, 30, 4 (498), VI, 20, 18 (502), Justinian. im Cod. VI, 58, 13. 15. § 1. Inst. III, 5, 1. Theoph. in h. l.

Denn zuvörderſt beſchieht ſolches bezüglich der cognatiſchen Deſcendenten, wo bereits das S. C. Orphit., indem es die filii, filiae parallel den sui, suae berief, einen Vorgang bot. Und zwar während noch Grat. Valent. et Th. im C. Th. IX, 42, 9. pr. (XV kal. Jul. 380) die Enkel von der Tochter her erſt nach den sui und den Unde liberi Berechtigten zur Succeſſion in den Nachlaß des mit Todesſtrafe Belegten berufen, ſo ſtellen dieſelben durch das nämliche Geſetz: c. 8. pr. rückſichtlich der Succeſſion in das Vermögen des Deportirten die cognatiſche Deſcendenz der Töchter der agnatiſchen Deſcendenz der Söhne gleich, während wiederum Valent. II, Theod. und Arc. im C. Th. V, 1, 4 (389), wozu vgl. Arc. et Hon. daſ. c. 5 (396), Justinian. im Cod. VI, 20, 19. Inst. III, 1, 15. 16. III, 4, 1 den cognatiſchen Enkeln nach dem Tode von deren Eltern ein Erbrecht gegenüber den mütterlichen Großeltern und der väterlichen Großmutter ſammt den ferneren Aſcendenten in der Maaße geben, daß jene Erſteren dann, wenn ſie mit den sui oder den Unde liberi Berufenen concurriren, $^2/_3$ des ihren Eltern zu deferiren geweſenen Kopftheiles erhalten und wegen dieſer Quote Notherb-, wie Pflichttheilsrecht haben, während das übrige $^1/_3$ den Erſteren zufällt, wogegen dann, wenn dieſelben mit consanguinei, consanguineae, agnati concurriren, $^3/_4$ des Nachlaſſes neben den Letzteren empfangen. Jene erſtere Verkürzung des Erbtheiles ward indeß von Juſtinian in Nov. 18 c. 4 (537) aufgehoben,[1937] während dieſe Concurrenz der consanguinei, consanguineae und agnati von demſelben im Cod. VI, 55, 12 (528), wozu vgl. Inst. III, 1, 16 beſeitigt wird: derſelbe läßt die cognatiſchen Enkel ſammt ferneren Deſcendenten alle Collateralen des zweiten und fernerer Grade ausſchließen. Sodann ſpricht Juſtinian die Gleichſtellung jener cognatiſchen mit der agnatiſchen Deſcendenz aus zunächſt im Cod. VI, 4, 4. § 10. 13 (531) ebenſo rückſichtlich der Succeſſion in bona parentis liberti, als rückſichtlich der patronatiſchen Succeſſion in bona liberti, wie nicht minder ſodann in Nov. 115 c. 3. pr. (542) hinſichtlich des Notherbrechtes, die bisherigen Unterſchiede bezüglich der Exheredationsform auf-

1937) Nov. 18 extendirt ſomit die B. P. Unde liberi zuerſt auf die cognatiſche Deſcendenz der Töchter; vgl. Juſtinian im Cod. VI, 55, 12 (528).

hebend.[1938]) Endlich beſeitigt Juſtinian in Nov. 118 c. 1. § 1 (543) die B. P. unde liberi vollſtändig und beruft in erſter Erbclaſſe die cognatiſchen, wie agnatiſchen Deſcendenten als legitimi heredes.

Sodann tritt gleiche Tendenz hervor rückſichtlich der cognatiſchen Geſchwiſter und deren Kinder: während noch Grat. Valent. et Th. im C. Th. IX, 42, 9. § 3 (380) die consanguinei in einer früheren Claſſe als die uterini zur Succeſſion in den Nachlaß des mit Todesſtrafe Belegten berufen, ſo ſtellt Juſtinian die Kinder von frater uterinus, wie von soror uterina und consanguinea den Kindern des frater consanguineus gleich und zwar zuerſt im Cod. VI, 58, 14. § 1 (531), wozu vgl. daſ. c. 15. pr. Inst. III, 2, 4 in dem dritten Grade: bezüglich der Beerbung von patruus und avunculus, was auch Nov. 118 c. 3 (543) beſtätigt, und nicht minder im Cod. VI, 58, 15. § 3 (534) in dem vierten Grade: rückſichtlich der Beerbung von consobrinus, consobrina. Sodann bezüglich der Beerbung von Geſchwiſtern, ſomit im zweiten Grade, werden zuerſt ebenfalls im Cod. VI, 58, 15. § 3 (534) frater, soror uterini mit consanguinei, consanguineae gleichgeſtellt, bis dann in Nov. 118 c. 2. 3 (543) ſolche Gleichſtellung gegenüber den germani wieder aufgegeben und nur gegenüber den halbbürtigen consanguinei noch aufrecht erhalten wird. Dagegen nimmt einen abweichenden Standpunkt ein Juſtinian im Cod. III, 28, 27 (534), inſofern derſelbe nur den consanguinei, nicht aber den uterini die querela inoff. testam. beläßt.

Dann drittens iſt es die Gleichſtellung der Mutter mit den Geſchwiſtern und ſomit deren Bevorzugung vor den ferneren Agnaten, welche jener Richtung anheimfällt, und welche bereits in dem S. C. Tertull. indicirt war. Und zwar eröffnet dieſe Periode mit einem Geſetze, welches gleichzeitig in ganz entgegengeſetzter Richtung eine Neuordnung ſtatuirt: Constant. im C. Th. V, 1, 1 (321), wozu vgl. Valent. et Val. daſ. c. 2 (369), Th. et Val. daſ. c. 7 pr. § 1 (426) ändert auf der einen Seite zum Nachtheile der Mutter die Succeſſion des S. C. Tertull. ab: dafern neben der Mutter mit ius liberorum keine mit derſelben in der dritten Claſſe der B. P. unde legitimi erbenden consanguineae

1938) Vgl. Juſtinian im Cod. VI, 28, 4. § 1 (531).

(§ 152) vorhanden ſind, ſo treten nicht nur der patruus, ſondern ganz anomaler Weiſe ſogar der frater patruelis und patrui nepos neben der Mutter in jene dritte Claſſe ein und erben $^1/_3$ des Nachlaſſes, wogegen in Ermangelung der Mutter dieſelben regelmäßig: in der vierten Claſſe der B. P. unde legitimi als agnati erben;[1939]) und auf der anderen Seite verleihen dieſelben auch der Mutter ohne ius liberorum ein Erbrecht in der Maaße, daß dieſelbe neben den Genannten $^1/_3$ des Nachlaſſes empfängt, die ferneren agnati dagegen gänzlich ausſchließt. Noch beſtimmter kommt ſodann jene neue Tendenz zur Geltung durch Juſtinian, der im Cod. VI, 56, 7 (528) theils jene conſtantiniſche Rechtsordnung wieder aufhebt und patruus, frater patruelis, patrui nepos unbedingt in die Claſſe der agnati zurückſetzt: pr., theils unter Abänderung des S. C. Tertull. der Mutter auch in der zweiten Claſſe der B. P. unde legitimi: neben dem consanguineus Erbrecht auf Kopftheil giebt, ſomit alſo in Wahrheit jene zweite tertullianiſche, für den Fall des Ueberlebens der Mutter geſchaffene Erbclaſſe völlig beſeitigt, überdem ſolches Erbrecht auch auf das peculium adventicium des Kindes ausdehnend: pr. § 1, wozu vgl. Nov. 22 c. 47. § 2 (536).

Endlich in zwei weiteren Gruppen erfolgt die Gleichſtellung der Cognaten mit den Agnaten durch Juſtinian in Nov. 118 (543): derſelbe ſtellt in c. 3. § 1 c. 4, wozu vgl. Nov. 158 prooem. (545)

1939) Somit ſchließen erſteren Falles der patruus (3. Grad), der frater patruelis (4. Grad) und der patrui nepos (5. Grad) neben der Mutter die übrigen Agnaten des dritten Grades: den fratris filius, oder des vierten Grades: propatruus und fratris nepos, wie des fünften Grades aus. Ueberdem iſt dieſe Conſtitution noch äußerſt bemerkenswerth durch ihr reſp. Zurückgreifen oder Feſthalten an den Grundſätzen des rigor: theils indem ſie den patruus und ſeine Deſcendenz neben der Mutter beruft, beſtimmt hierin durch die altröm. Auffaſſung, daß der Letztere parentum loco ſei: A. 1878, ja ſogar ſolche Berufung, wie früher bemerkt, ſogar nach Emancipation jener Erſteren aufrecht erhält; theils indem ſie die Agnaten gegenüber den cognatiſchen Collateralen bevorzugt: weder iſt die cognatiſche Deſcendenz des patruus deſſen agnatiſcher Deſcendenz, noch ſind avunculus und matertera dem patruus gleichgeſtellt; theils indem ſie das männliche Geſchlecht vor dem weiblichen bevorzugt: weder ſteht des patruus weibliche agnatiſche Deſcendenz der männlichen, noch die amita dem Erſteren gleich. Auf die obige Conſtitution bezieht ſich Valent. im C. Th. V, 1, 2 (365).

die ferneren cognatiſchen Collateralen außer Geſchwiſtern und deren Kindern den Agnaten des entſprechenden Grades gleich, ſowie in c. 2, unter Neuordnung der aſcendentiſchen Succeſſion, worauf unter 5 zurückzukommen iſt, die cognatiſchen den agnatiſchen Aſcendenten.

Im Uebrigen aber ſind es noch fünf mit der sanguinis ratio verwandte Tendenzen, welche in den erbrechtlichen Satzungen der gegenwärtigen Periode hervortreten, nämlich

1. die Beſeitigung der Erbprivilegien des ius liberorum, und zwar theils durch Aufhebung der von der lex Papia eingeführten Verſchiedenheit in Beerbung des libertus mit drei oder aber mit weniger als drei Kindern durch Theod. II und Val. III in Nov. Val. XXIV, 1, 2 (447 ſ. A. 1935), theils durch Gleichſtellung der Mutter ohne ſolches ius mit der Mutter mit ſolchem, welche in der gegenwärtigen Periode ſchrittweiſe herbeigeführt wird. Dem während die Mutter ohne ius liber. gegenüber der Mutter mit ſolchem ius noch auf die Hälfte der Erbquote herabgeſetzt wird theils von Constant. in C. Th. V, 1, 1 (321 ſ. bei A. 1939) bei deren Concurrenz mit dem patruus und deſſen Sohne, wie Enkel, theils von Grat. Val. et Th. im C. Th. IX, 42, 8. § 1 c. 9. § 1 (380) bei Succeſſion in das Vermögen des Deportirten, wie des mit Todesſtrafe Belegten, ſo wird zunächſt von Grat. Valent. II und Theod. I im C. Th. V, 1, 3 (383) die Rechtsordnung für Beerbung der emancipata mit ius liberorum auf die ohne liberorum übertragen; ſodann wird von Theod. II und Valent. III im C. Th. V, 1, 7 (426) die Letztere im Falle der Concurrenz mit patruus, frater patruelis und patrui nepos der Erſteren gleichgeſtellt: dieſelbe erbt nunmehr neben jenen ebenfalls $^2/_3$, während ſie die ferneren agnati ausſchließt; und endlich von Justinian. im Cod. VIII, 59, 2 (528), wozu vgl. Inst. III, 3, 4 wird die Mutter ohne ius liberorum auch gegenüber den consanguinei, consanguineae der Mutter mit ius liberorum gleichgeſtellt, ſomit derjenigen Rechte theilhaft gemacht, welche durch dieſe nämliche Conſtitution in deren im Cod. VI, 56, 7 (528) überlieferten Fragmente der Mutter in jener Beziehung, wie im Obigen bemerkt, verliehen ſind. Und damit nun iſt der letzte noch vorhandene, an das ius liberorum geknüpfte erbrechtliche Unterſchied beſeitigt: die der Mutter bisher gewährte Prämie der Fruchtbarkeit fällt hinweg

und alles Erbrecht derſelben knüpft ſich fortan an die Mutterſchaft als ſolche und ſchlechthin.

2. Die Beſeitigung der überlieferten Ungleichheit in der Erbberechtigung der beiden Geſchlechter, welche zwar bereits durch die B. P. unde liberi, wie durch die B. P. unde legitimi, der sui, suae und filii, filiae indicirt war, gleichwohl aber zunächſt noch vermehrt ward von Constant. im C. Th. V, 1, 1 (321), der dem patruus, nicht aber der amita, dem patruelis frater, nicht aber ſolcher soror und dem patrui nepos, nicht aber der neptis ein prärogatives Erbrecht verleiht (A. 1939), ſowie von Anaſtaſius in ſeiner älteren Conſtitution über die Emancipation von ſpäteſtens 498 (A. 1936), der die tertullianiſche Rechtsordnung mit ihrer Zurückſetzung der consanguinea gegenüber dem consanguineus auf die Erbfolge der emancipirten neben den nicht emancipirten Geſchwiſtern überträgt, wie endlich von Theod. II und Val. III in Nov. Val. XXIV, 1, 3. 4 (447), welche den Töchtern des Manumiſſor das deſſen Söhnen beigelegte Pflichttheilsrecht verſagen (A. 1935). Dagegen wird jene jüngere Tendenz verwirklicht von Juſtinian, indem derſelbe zunächſt in Bezug auf das Notherbrecht im Cod. VI, 28, 4 (531) die weiblichen liberi und suae mit den männlichen (vgl. A. 1938), und ſodann in Bezug auf das Inteſtaterbrecht zuerſt im Cod. VI, 58, 14. pr. (531), wozu vgl. Cod. cit. 15. pr. Inst. III, 2, 3, ſowie in Nov. 118 c. 4, die agnatae mit den agnati, und wiederum in Nov. 22 c. 47. § 2 (536), ſowie in Nov. 114 c. 2. 3 (543) die sorores mit den fratres gleichſtellt.

3. Die Bevorzugung der Geſchwiſterkinder vor den im gleichen Grade verwandten Geſchwiſtern der Eltern, eine Tendenz, zu welcher in diametralem Gegenſatze ſteht Constant. im C. Th. V, 1, 1 (321 f. A. 1939), der dagegen angehört Juſtinian im Cod. VI, 58, 14. § 1 (531), wozu vgl. daſ. c. 15. pr. Inst. III, 2, 4, wodurch den Geſchwiſterkindern ein prärogatives Erbrecht vor den anderen Collateralen des dritten Grades: vor patruus und amita verliehen wird, was endlich in Nov. 114 c. 2. 3 (543) allgemein ſanctionirt wird.

4. Die Bevorzugung der vollbürtigen vor den halbbürtigen Geſchwiſtern, eine Tendenz, die in zwei Punkten hervortritt: theils indem Constant. im C. Th. II, 19, 1 (319), c. 3 (332) den halbbürtigen Geſchwiſtern: den consanguinei, wie uterini die querela

inoffic. testam. entzieht, ſolche lediglich den germani noch belaſſend, allein auch diesfalls auf den Thatbeſtand beſchränkend, daß eine anrüchige Perſon als Erbe eingeſetzt iſt, was indeß von Justinian. im Cod. III, 28, 27 (534), wozu vgl. Inst. II, 81, 1 durch Reſtituirung jener Klage an die halbbürtigen consanguinei wieder abgeändert wird; theils indem Justinian. in Nov. 84 c. 1. § 1 (539) den germani ein prärogatives Erbrecht vor den Halbbürtigen: den consanguinei ſammt adoptivi, wie uterini giebt, ſo daß die letzteren hinter den erſteren um eine Claſſe zurücktreten, eine Ordnung, welche in Nov. 118 c. 2. 3 (543) beſtätigt wird.

5. Endlich die Bevorzugung der Aſcendenten vor den halbbürtigen Geſchwiſtern. Während nämlich bezüglich der erbrechtlichen Succeſſion in die bona materna und materni generis von Vorn herein die gemeine Succeſſionsordnung galt, ſomit der Vater lediglich als proximus agnatus erbte und nur durch den von Constantin. im C. Th. VIII, 18, 1. 2 (319) ihm überwieſenen Uſusfruct begünſtigt war, ſo änderten deſſen Söhne im Jahre 337 oder 338 ſolche Erbordnung zu Gunſten des Vaters dahin ab, daß derſelbe zwar von den Kindern des Defunctus ausgeſchloſſen wurde, ſelbſt aber die consanguinei, consanguineae ausſchloß,[1940] was dieſelben dann im Jahre 339 (A. 1940), wozu vgl. Const. daſ. c. 5 (349) wiederum bezüglich des vor dem ſechsten Jahre verſtorbenen Kindes dahin abänderten, daß jene Güter an die Succeſſionsberechtigten der mütterlichen Linie, wie die bona paterna an die väterliche Linie fallen ſollen. Abgeſehen von dieſer Ausnahme, umfaßt ſomit die Erbordnung bis zur B. P. unde legitimi die ſechs Claſſen: 1. liberi, sui, suae, filii, filiae; 2. paterfamilias; 3. consanguinei, consanguineae; 4. consanguineae und mater mit ius liberorum;[1940a] 5. mater und patruus, frater patruelis, patrui nepos; 6. proximi agnati. Dieſe Succeſſionsordnung wird nun von Juſtinian im Cod. VI, 56 7. § 1 (528) dahin abgeändert: 1. Kinder des Defunctus; 2. consanguineus, consanguinea und mater ſchlechthin, reſp., wie

1940) Constantius im C. Th. VIII, 18, 4 (339): priorem nostram iussionem, quae sine temporis distinctione filiorum successiones ad patres inserat pertinere; Th. et Val. daſ. c. 10 (426).

1940a) Vgl. Th. et Val. im C. Th. V, 1, 8 (426).

obbemerkt, auf $^1/_2$ oder auf Kopftheil; 3. pater, mater; 4. proximi agnati, und ſolche neue Ordnung dann auch auf die nunmehr anerkannte erbrechtliche Succeſſion in das peculium castrense übertragen.[1940b]) Solche Gleichordnung nun der Mutter mit den Geſchwiſtern und ſolche Zurückſetzung des Vaters gegenüber denſelben beſeitigt jedoch Juſtinian in Nov. 118 c. 2. 3 (543), indem derſelbe den Aſcendenten aller Grade ein prärogatives Erbrecht vor den halbbürtigen consanguinei, uterini und deren Kindern, wie vor den Kindern der germani giebt, dieſen letzteren ſelbſt dagegen den Kopftheil zuſpricht, den ſolche bisher ſchon der Mutter gegenüber hatten, worauf dann in Nov. 127 prooem. c. 1 (547) auch den Kindern der germani dann ein Erbrecht neben den Aſcendenten verliehen wird, wenn dieſe mit germani ſelbſt concurriren. Und anderntheils wiederum in Nov. 115 c. 4. pr. (541) ertheilt derſelbe der Mutter, dem Vater und den väterlichen Aſcendenten Notherbrecht gegenüber den Deſcendenten, damit jene dieſen Letzteren ſelbſt gleichſtellend.

Eine völlig ſinguläre Ordnung aber ſtellen für die Succeſſion in das Vermögen des mit Todesſtrafe Belegten Grat. Valent. et Th. im C. Th. IX, 42, 9 (380) auf: in erſter Claſſe ſuccediren die Deſcendenten in der dreifachen Abſtufung von Kindern und Enkeln, inſofern ſolche sui oder zur B. P. unde liberi berufen ſind, dann von Enkeln aus der Tochter, und endlich von Urenkeln aus dem Sohne; in zweiter Claſſe folgen dann Vater und Mutter, in dritter Claſſe die agnatiſchen Geſchwiſter, in vierter Claſſe Groß-Vater und -Mutter väterlicher Seits ſammt cognatiſchen Geſchwiſtern (uterini, wie cap. dem. consanguinei) und endlich dann der Fiscus (A. 1934).

Sodann das zweite jener alten Inſtitute des rigor: die legitima tutela betreffend, ſo wird dieſe und zwar im Allgemeinen unter Beibehaltung ihrer Beſchränkung auf das männliche Geſchlecht, durch das von Alters her ihr zugewieſene Correſpondenzverhältniß zur legitima hereditas beeinflußt und in ihrer weiteren Entwickelung beſtimmt: indem man an dem Gedanken einer ſolchen

---

1940b) J. Just. II, 12. pr.: si — intestati decesserint (sc. filiifam.), nullis liberis vel fratribus (sc. et sororibus) superstitibus, ad parentes eorum iure communi pertinebit (sc. peculium castrense).

Bezüglichkeit festhielt, so ergab sich hieraus nun ohne Weiteres die Consequenz, jene Tutel von ihrem alten Fundamente des rigor in gleichem Schritte mit dem Erbrechte abzulösen und auf die Cognaten zu übertragen. Und so wird denn nun in der That von Anastasius[1941]) im C. Just. V, 30, 4 (498) den emancipirten Geschwistern nach Maaßgabe ihrer Erbberechtigung hinter den nicht emancipirten die legitima tutela über ihre natürlichen Geschwister und deren Descendenten deferirt, während gleichermaaßen von Justinian im Cod. VI, 58, 15. § 4 (534) die nur durch Weiber verwandten Geschwister und Geschwisterkinder, und endlich in Nov. 118 c. 5 (543) allgemein die nächsten männlichen volljährigen Blutsverwandten berufen werden. Ueberdem wird sodann singulärer Weise von Justinian im Cod. V, 35, 3 (530) auch der Mutter, obwohl hinter allen übrigen zur legitima tutela Berufenen dieselbe deferirt, wie endlich in Nov. 118 c. 5 (534), wozu vgl. Nov. 89 c. 14 (539), Nov. 155 (540) der Mutter, wie Großmutter sogar der Vorrang vor allen übrigen Delaten eingeräumt.

Endlich die legitima cura furiosi wird in gleicher Weise, wie die Tutel von Anastas. im C. Just. V, 70, 5 den emancipirten Geschwistern deferirt, bis endlich Justinian im Cod. V, 70, 7. § 6 (530) und Inst. I, 23, 3 diese, wie die prodigi legitima cura aufhebt und in eine dativa umwandelt.[1942])

§ 155.

Die Stellung der Principien gegenüber der Nationalanschauung und dem Lebensverkehre.

In dem ältesten römischen Rechte nehmen eine sehr hervorragende Stellung ein zwei verschiedene, zu Gemeinwesen organisirte Familienkreise: die gens, neben den Verwandten: den gentiles

---

1941) Sicher berief Constant. noch nicht den patruus emancipatus etc. (A. 1939) zur Tutel: Leo im C. Just. V, 30, 3. Wegen der vorigen Periode vgl. noch Diocl. daſ. c. 1. 2.

1942) Inst. cit.: furiosi — et prodigi — in curatione sunt agnatorum ex lege XII tab.; sed solent Romae praefectus urbi vel praetor et in provinciis praesides ex inquisitione iis curatores dare.

auch die Clienten als gentilicii ſchlechthin mit umfaſſend,[1943]) und die „domus familiaque,“[1944]) neben den Verwandten: dem paterfamilias und den sui ſammt deren legitimen Deſcendenten und gewaltuntergebenen Frauen auch die in mancipio Befindlichen, wie die Sclaven als familiares mit umfaſſend:[1945]) denn Beide ſind ausgeſtattet mit den wichtigſten ebenſo privat-, als auch ſtaats- und ſacralrechtlichen Functionen, die dort in die Hand der geſammten gentiles, hier dagegen in die Hand des paterfamilias allein gelegt ſind. Dahingegen ſteht zwiſchen jenen beiden Gemeinheiten keine dritte verwandtſchaftliche Corporation: denn die stirps: die Agnaten, welche im Privatrechte zwiſchen den gentiles und sui berückſichtigt werden, ſind nur eine beſonders privilegirte Gruppe von gentiles, ohne dabei ſelbſt eine Corporation mit juriſtiſchen Functionen zu bilden.

Die verwandtſchaftliche Grundlage ſelbſt aber ſolcher Familienzubehörigkeit iſt gegeben in der Blutsverwandtſchaft im Gegenſatze zur Affinität und wird ſo nun ausſchließlich geſtützt auf die Zeugung in iustae nuptiae oder auf deren juriſtiſches Surrogat: conventio in manum, arrogatio, adoptio, wobei überdem als condicio sine qua non das Erforderniß geſtellt iſt, daß weder cap. dem. media, noch minima das bezügliche Subject betroffen habe. Demgemäß gewinnt hier als rigor die Auffaſſung ihre conſequenteſte Ausprägung, daß die Grundlagen der Familie ausſchließlich gegeben ſeien ebenſo in dem androkratiſchen Syſteme der durch Zeugung begründeten Verwandtſchaft, als auch in dem

---

1943) Vgl. Voigt, de causa hered. inter Claud. patric. et Marcell. 7 fg.

1944) Lex dapis pro bubus faciendae bei Cat. RR. 132, 1: In domo familia[que] mea; lex agri lustrandi daſ. 141, 2. 3: mihi, domo familiaeque nostrae; lex luci conlucandi daſ. 139: mihi, domo familiaequae meae liberisque meis; lex struis commovendae daſ. 134, 2: mihi liberisque meis, domo familiaeque meae, wo ego (paterfamil.) und liberi lediglich beſonders hervorgehobene Glieder der domus familiaque ſind; Schwurformel bei Liv. XXII, 53, 11: si sciens fallo, tum me, Juppiter optime maxime, domum, familiam remque meam pessimo leto adficias; Pap 13 Quaest. (D. XXXVII, 11, 11. § 2): cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat; Front. ad M. Caes. I, 6: et res et domus et familia.

1945) So Plaut As. II, 2, 1. 43. Capt. II, 2, 23. u. a. m.: familiaris filius; servus familiaris: Thl. IV A. 3. Dagegen die gewaltfreie Gattin war nicht familiaris. Im Allgemeinen vgl. Lange, r. Alterth. § 30.

in Thl. II dargelegten civilen Syſteme: den iustae nuptiae oder deren römiſch rechtlichen Surrogate, ohne daß dabei durch cap. dem. eine Löſung herbeigeführt ſei, wogegen irgend welcher Beſchränkung nach Grad oder Geſchlecht die Verwandtſchaft nicht unterliegt.

Allein jener Familie des älteſten Rechtes ſtellt bereits die älteſte Volksanſchauung und bürgerliche Sitte in der Sippe einen weſentlich verſchiedenen Kreis von Perſonen gegenüber, deren Zuſammenbehörigkeit nicht bloß auf Blutsverwandtſchaft, ſondern auch auf Affinität geſtützt iſt, und deren Blutsverwandſchaft wiederum zwar auch durch iustae nuptiae oder reſp. durch conventio in manum, arrogatio und adoptio begründet und durch cap. dem. media gelöſt wird, im Uebrigen aber nicht lediglich auf dem androkratiſchen, ſondern nicht minder auf dem gynäkokratiſchen Syſteme der Geburt beruht, überdem aber auch durch cap. dem. minima nicht gelöſt wird. Und indem nun ſolche beide Gruppen: die Cognaten bis zum fünften Grade ſammt sobrini, sobrinae, die Affinen aber als Gatten, Verlobte, wie als Schwieger- und Stief-Eltern und -Kinder jenen Kreis der Sippe ergeben, ſo ward dieſe letztere getragen allein von der Anſchauung des Volkes und dem Familiengefühle der alten Römer: von deren Empfänglichkeit und Werthſchätzung für verwandtſchaftliche Zuſammenbehörigkeit, von deren regen Sinn für Wahrung und Pflege jener naturgegebenen Bande und der darauf geſtützten gegenſeitigen Zuneigung, von dem lebhaften Bewußtſein einer ſo begründeten Gemeinſamkeit der Intereſſen; und nicht minder ward jener Kreis in ſeinen Beziehungen und Bewegungen allein geleitet durch das Geſetz der bürgerlichen Sitte, welche dabei in die verſchiedenſten Beziehungen des menſchlichen Seins beſtimmend eingreift: ebenſo zu heiterem Zuſammenſein die Angehörigen vereinend, wie in ernſter und trauriger Lage zur Theilnahme verpflichtend, dabei aber auch im Gebiete der materiellen Intereſſen den einzelnen Gliedern Verpflichtungen auferlegend, deren Erfüllung zu beanſpruchen dem anderen Theile zugebilligt ward.

Dieſes Bild aber der altrömiſchen Sippe, die Vielſeitigkeit der von derſelben umſpannten Lebensverhältniſſe und wechſelſeitigen Beziehungen ihrer Glieder, die Durchbildung endlich der Geſetze, nach denen innerhalb jenes Kreiſes die Bewegungen ſich

regeln und vollziehen, Alles dies berechtigt zu dem Urtheile, daß die juriſtiſche Familie, wie ſolche noch von den XII Tafeln feſtgehalten war, bereits damals ſich überlebt hatte und von der Volksanſchauung aufgegeben ward: indem das Familienrecht ſicher das älteſte Stück der XII Tafeln bildet und eine Rechtsordnung enthält, die weit über die latiniſche Periode der Ahnen Rom's, ja in ihren leitenden Grundgedanken ſelbſt über das gräco-italiſche Zeitalter hinaus bis in die geſammtariſche Periode zurückleitet, ſo haben die Römer bereits zu Beginn der Republik einer durchaus anderen Auffaſſung von der Familie ſich zugewendet und auf andere Kreiſe verwandtſchaftliches Leben und Verkehren geſtützt.

Dennoch aber blieb es erſt dem zweiten Abſchnitte der erſten Periode vorbehalten, dieſer veränderten Volksanſchauung auch innerhalb des Rechtes Geltung zu verſchaffen: jener Sippe und ſo denn nun der sanguinis ratio oder aequitas Eintritt auch in das Recht zu eröffnen. Allerdings zwar behauptet auch in dieſem Zeitraume der rigor nicht nur ſeine ihm eigenthümlichen Stützpunkte, lediglich die iustae nuptiae zu Gunſten des römiſch rechtlichen matrimonium im Allgemeinen aufgebend (A. 1790), ſondern auch ſein altüberliefertes Gebiet, dem ſogar noch eine Erweiterung durch mehrere neue Rechtsordnungen zu Theil wird: durch das Notherbrecht und durch die B. P. unde legitimi. Allein während ſolche Einordnung dieſer letzteren Rechtsinſtitute durch deren beſondere Aufgaben bedingt iſt, ſo treten die übrigen verwandtſchaftlichen Neubildungen auf die Seite der sanguinis ratio über und eröffnen damit der letzteren ſelbſt: der juriſtiſchen Wirkſamkeit von Cognation und Affinität den Eintritt in das Recht: anfänglich zwar nur in der ſyſtematiſch ganz ungeordneten Modalität, daß permiſſivgeſetzliche Ausnahmen von generellen Satzungen an die Cognation, wie Affinität angeknüpft werden: in der lex Cincia, Furia testam., leges Juliae de vi publica und privata, lex col. Jul. Genet., lex Julia repetund., wie in dem Edicte Infamia notatur, allein ſpäter, gegen Ausgang jenes Zeitraumes, auch in der anderen, principiell weit bedeutungsvolleren Modalität, daß auch Präceptiv- oder Prohibitiv-Sätze auf die sanguinis ratio geſtützt werden, ſo namentlich in der ſo wichtigen B. P. unde cognati, wie in dem Pflichttheilsrechte.

Ihre principiellen Stützpunkte aber entlehnte dieſe sanguinis ratio, wie bemerkt, der von der älteren Volksanſchauung getragenen Sippe, wie innerhalb der für dieſe geſetzten Schranken: in der Cognation bis zum fünften Grade ſammt sobrini, sobrinae, und in der Affinität in dem Verhältniſſe zwiſchen Gatten, Verlobten, Schwieger- und Stief-Eltern und -Kindern, wobei als die Grundlagen der Cognation im Beſonderen ebenſo die Zeugung in römiſch rechtlicher Ehe, als die Geburt von der civis Romana, wie daneben auch die von dem rigor geſetzten künſtlichen Surrogate der legitimen Zeugung anerkannt wurden. Und während nun der cap. dem. media auch gegenüber der Cognation, wie Affinität ein zerſtörlicher Effect belaſſen ward, ſo wurde wiederum der cap. dem. minima ſolche Wirkung in der B. P. unde cognati, wie in der Ausſchließung der B. P. contra suos non naturales und contra tab. liberti gegenüber den emancipati und in adoptionem dati verſagt, ja in dieſer B. P. contra suos non naturales und contra tab. liberti vereinzelt ſogar der Satz durchgeführt, daß der von dem rigor ſtatuirten künſtlichen Begründung der Agnation innerhalb der aequitas die Anerkennung zu verſagen ſei.

Eine ganz hervorragende Stellung aber unter den dieſer Zeit angehörigen Gebilden der aequitas nimmt namentlich das Pflichttheilsrecht mit ſeiner querela inoffic. testam. ein: denn hier gewinnt ebenſo das gynäkokratiſche Syſtem eine volle Gleichſtellung mit dem androkratiſchen, wie auch das Verhältniß zwiſchen Mutter und Kind zu einer dem Naturgeſetze entſprechenderen juriſtiſchen Würdigung gelangt, als in dem rigor, deſſen Gleichſtellung der Mutter mit ihrer Tochter jenes Verhältniß faſt zur Caricatur entſtellt hatte. Der Ausgangspunkt ſelbſt aber jenes Inſtitutes von dem altrömiſchen Begriffe des officium führt wieder zu der faſt unrömiſchen Conſequenz, daß nicht die juriſtiſche Gradesnähe der Erbberechtigung, ſondern die naturgeſetzliche Gradesnähe der Verwandtſchaft die Pflichttheilsberechtigung beſtimme, ſo daß daher jene Klage der erſt zur B. P. unde cognati berufenen Mutter oder reſp., ſeit dem S. C. Tert., mater ohne ius liberorum gewährt, dagegen dem bereits in der B. P. unde legitimi berufenen patruus verſagt bleibt.

Endlich ganz neu tritt in jener Periode die Tendenz einer Zurückſetzung des weiblichen Geſchlechtes gegenüber dem männ-

lichen in pecuniärer Beziehung zu Tage, eine Richtung, welche auch ſpäter noch bis auf Juſtinian herab fortwirkt.

Im Allgemeinen aber beginnt von dieſem Zeitraume ab unter dem Einfluſſe der aequitas eine ganz neue Bahn der Rechtsentwickelung, bei welcher ebenſowohl die von dem rigor geſetzten Rechtswirkungen an die von der aequitas anerkannten anderen thatbeſtändlichen Verhältniſſe angeknüpft, als auch völlig neue juriſtiſche Wirkungen mit den Thatbeſtänden der aequitas verbunden, etwaige concurrirende Ordnungen des rigor dagegen bald gänzlich vernichtet, bald in eine ſecundäre Stellung zurückgedrängt werden.

In der zweiten Periode ſodann erlangt die aequitas das völlig entſchiedene Uebergewicht über den rigor, geſtützt hierin auf die Volksanſchauung und gefördert namentlich von der Rechtswiſſenſchaft, welche doctrinell die sanguinis ratio ebenſo auf die aequitas, wie auf das ius naturale und damit auf eine theoretiſche, wie ſpeculative Grundlage fundirte. So daher gewinnt dieſelbe einen immer breiteren Raum in der Rechtsentwickelung und fördert die zahlreichſten, wie wichtigſten Rechtsordnungen zu Tage, ſo namentlich in dem honorariſchen Succeſſionsſyſteme, wie aber auch in dem S. C. Tertull. und Orphit., nicht minder in der zur Rechtspflicht erhobenen Verbindlichkeit der Cognaten und Affinen, in gewiſſen Nothlagen einander beizuſtehen, und ſo nun auch in deren Theilnahme am Familienrathe. Ueberdem zieht aber die aequitas auch noch mehrfache Ordnungen des rigor in ihr Syſtem herein: die verwandtſchaftlichen Ehehinderniſſe, wie das Notherbrecht.

Und danach iſt es nur eine kleine Anzahl von Inſtituten, welche dem rigor noch verbleiben: die patria potestas, das civile Inteſtaterbrecht ſammt B. P. unde legitimi, wie die legitima tutela und cura furiosi oder prodigi. Allein während die legitima hereditas ab intestato mehr und mehr von der B. P. überwuchert wird und zuletzt faſt nur noch als Gefüge der letzteren: in der B. P. unde legitimi in Beſtand ſich behauptet, ſo entfremdet ſich auch die patria potestas mehr und mehr ihrer alten Weſenheit und unterliegt einer Zerſetzung und Schwächung, die nun Veranlaſſung bot, neben dieſelbe noch ein eigenes Eltern- und Kindſchafts-Recht zu ſetzen, durch welches im Einzelnen die Aſcendenten,

wie Descendenten mit ebenso zahlreichen, wie wichtigen Privilegien ausgestattet, im Allgemeinen aber an Stelle des Haus-Hoheitsrechtes: der patria potestas mit ihrem imperium domesticum (A. 1922) die väterliche Autorität gesetzt wird.[1946]) Und zwar wird der juristische Gehalt solchen Rechtes theils aus der patria potestas und Suität abgelöst, so die Alimentations-, wie Dotationspflicht der väterlichen Ascendenten, die gegenseitige Zeugnißunfähigkeit, die B. P. unde liberi und contra tab., theils aber auch und zwar überwiegend in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Zerfalle der patria potestas neu geschaffen, so die sämmtlichen Rechtsordnungen, welche berufen sind, den den Ascendenten zukommenden Respect zu sichern, dann namentlich die Alimentationspflicht der mütterlichen Ascendenten, wie der Descendenten, die Dotationspflicht der Mutter, das benefic. competentiae der Eltern, die Vorschrift des edictum de legatis praestandis und die Erbordnungen des S. C. Tertull. und Orphit.

In Folge Alles dessen verliert nun aber die emancipatio mit ihren wichtigsten Rechtsfolgen zugleich ihre altüberlieferte tiefeingreifende Bedeutung für die Familienstellung der Betroffenen.

Dann wieder der Untergang der in manum conventio, wie die Lockerung des ehelichen Bandes im Allgemeinen in Folge der überwuchernden Laxität der Sitten führt zur Ausbildung eines eigenen Gatten-Rechtes, so namentlich in der B. P. unde vir et uxor, dem benefic. competentiae, der Ausschließung gewisser Rechtsmittel.

Endlich wiederum der Untergang der Gentilität führt zur Ausbildung des aus den Cognaten sich zusammensetzenden Familienrathes, einer Instanz, welche berufen ist, in den für das Wohl und Wehe des Familiengliedes allerwichtigsten Fragen eine berathende und controlirende Function auszuüben und welche in segensreichster Weise dem Familienintereſſe eine Stimme und Mitwirkung bei den amtsmäßigen Erwägungen der juristischen Organe sicherte.

Das Gesammtergebniß aller jener Neubildungen aber ist, daß

1946) Ulp. 66 ad Ed. (D. XXXVII, 15, 9): filio semper honesta et sancta persona patris — videri debet; Constant. im C. Th. VIII, 18, 1. pr.: reverentia et pietas sacris nominibus (sc. patris) debita, und die Citate von Gothofr. in h. l.

zunächſt neben der Blutsverwandtſchaft die Affinität zu immer größerer Bedeutung gelangt, und dies nicht bloß zwiſchen Gatten, ſondern auch in weiteren Kreiſen. Und zwar tritt in letzterer Beziehung ein ganz eigenthümlicher Zwieſpalt zu Tage zwiſchen der Legislation, welche an den altüberlieferten Gradbeſtimmungen ſtrict feſthält, wie überdem die Verlobten ausſcheidet, und zwiſchen der Rechtswiſſenſchaft ſammt Volksanſchauung, welche die Affinität nicht bloß für die Verlobten feſthält, ſondern auch nach verſchiedenen Richtungen hin extendirt, ſo namentlich ebenſo auf Aſcendenten und Deſcendenten von Schwieger- und Stief-Eltern und -Kindern, wie von Verlobten, als auch auf Verlobte von Aſcendenten und Deſcendenten, eine Tendenz, die in ganz extremer Maaße innerhalb des Eherechtes insbeſondere zur Geltung gelangt.

Dagegen in Bezug auf die Cognation, welche nunmehr auf den ſechſten Grad ſammt sobrino, sobrina natus, nata ausgedehnt wird, nimmt wiederum das Edict in ſeiner B. P. unde liberi und contra tab. inſofern einen abweichenden Standpunkt ein, als ſolche durchaus noch auf das androkratiſche Syſtem der alten Erbordnung der sui geſtützt ſind, eine Abnormität, der gegenüber wieder die Legislation das gynäkokratiſche Syſtem zur Geltung bringt in den erbrechtlichen Satzungen der lex Papia Poppaea, wie des S. C. Tertull. und Orphit.

Dann wiederum das Dogma, daß die cap. dem. minima die Cognation, wie Affinität nicht löſe, wird ebenſo von der Theorie als allgemeiner Satz ausgeſprochen (A. 1796), als auch praktiſch durchgeführt in den Suſſionsordnungen der lex Papia Poppae, des S. C. Tertull und Orphit., ſowie bezüglich der Emancipation insbeſondere in dem Eltern- und Kindſchaftsrechte überhaupt und ſo auch in der B. P. unde liberi. Dagegen bezüglich der Arrogation und Adoption insbeſondere tritt wieder in dem honor. Rechte: in der B. P. unde liberi (A. 1904) und contra tab. (A. 1910) die rückläufige Richtung zu Tage, jene Rechtsacte abweichend von den in der vorigen Periode geſchaffenen bon. possessiones gleich als Löſungsgründe der Cognation zu behandeln, wogegen endlich wiederum die Rechtswiſſenſchaft die entgegengeſetzte Tendenz vertritt und wenigſtens theilweiſe zur Geltung bringt (A. 1907).

Endlich die Grundlagen der Cognation, wie Affinität werden mehrfach erweitert, indem die Letztere, wenn auch noch isolirt, auf das Concubinat gestützt, überdem aber auch der servilis cognatio und resp. affinitas des Freien in mehrfacher Beziehung juristische Relevanz zuerkannt wird.

In Alle dem aber verwirklicht sich in kräftigen Zügen, wenn auch nicht ohne gewisse Widersprüche und Unsicherheiten im Einzelnen, und innerhalb weiter Sphäre, wie in den wichtigsten Beziehungen jene Richtung und jenes Motiv der Rechtsbildung, an Stelle der civilen die natürliche Blutverwandtschaft zu setzen. Nur in dem einen Punkte wird diese Richtung nicht verfolgt, daß der Cognation und Affinität des Peregrinen, wie des von der cap. dem. media betroffenen civis die juristische Wirksamkeit im römischen Rechte versagt blieb, beeinflußt durch altnationale Anschauungen, von denen daeinst ähnliche Verhältnisse in durchgreifender Weise beherrscht worden waren (Thl. II § 18). Immerhin aber sind es durchaus bemerkenswerthe Erscheinungen, daß, wie oben hervorgehoben, rücksichtlich der Abgränzung der Affinität die Legislation, rücksichtlich der Abgränzung der Cognation aber ganz ungewöhnlicher Weise wiederum das honorarische Edict in einen, wenn auch nur punctuellen Widerspruch mit der Rechtswissenschaft und den jüngeren Volks- und Rechtsanschauungen treten.

Endlich in der letzten Periode vollzieht sich bis auf einen vereinzelten Punkt der völlige Untergang des rigor: mit Ausnahme dessen nämlich, was an juristischem Gehalte der patria potestas noch sich behauptet hat oder neu geschaffen wurde[1047]). Dagegen werden nicht allein alle überlieferten Institute der aequitas in deren Geiste weiter entwickelt, sondern auch die übrigen Institute des rigor Schritt um Schritt auf jene Grundlage übergeleitet: das civile Intestaterbrecht, wie die legitima tutela und cura. Vornämlich aber ist es das Erbrecht, das nicht allein durch die eingeschlagenen neuen Bahnen seiner Entwickelung, wie durch die übergroße Fülle der bezüglichen gesetzgeberischen Erlasse die Aufmerksamkeit fesselt, sondern auch an dem Schlußpunkte der Rechts-

1947) So die substitutio quasi pupillaris: Justinian im Cod. VI, 26, 9. Inst. II, 16, 1.

geſchichte ein Geſetz hervorruft, welches das hervorragendſte productive Gebild der geſammten byzantiniſchen Legislation auf dem Gebiete des Privatrechtes darbietet: die Nov. 114. Und zwar ſind es vornämlich drei leitende Grundgedanken, welche, dort ausgeprägt, in ihrem Zuſammenwirken und Ineinandergreifen ein neues und originales Syſtem des Erbrechtes ergeben, die Gedanken nämlich, daß

zunächſt die Gradesnähe der Erbberechtigung nicht ſchlechthin durch die Gradesnähe der Blutsverwandtſchaft, als vielmehr durch deren naturgeſetzliche Artbeſchaffenheit als Deſcendenz-, Aſcendenz- und Collateral-Verwandtſchaft beſtimmt werde, ſo daß nach ſolcher Reihenfolge dieſer drei Claſſen die Succeſſion der Verwandten ſich ordnet, eine Methode, die bereits in der Erbordnung der XII Taf. ſich ausprägte;

ſodann daß innerhalb jener drei Erbclaſſen die Verſchiedenheit des Geſchlechts einen Unterſchied in der Erbberechtigung nicht begründe, ein Geſichtspunct, an dem ebenfalls ſchon die XII Tafeln feſthalten;

endlich daß innerhalb jener drei Claſſen die Gradesnähe der Erbberechtigung durch die Gradesnähe der Blutsverwandtſchaft beſtimmt wird und zwar gleichmäßig nach androkratiſchem, wie nach gynäkokratiſchem Syſteme, ein Grundſatz, den das mittlere römiſche Recht nur vereinzelt zur Geltung bringt.

Jedoch macht von jenen drei Grundſätzen Nov. 114 und reſp. 127 wiederum zwei Ausnahmen: zuerſt indem rückſichtlich der Geſchwiſter und Geſchwiſterkinder ein eigener Gradunterſchied auf deren Voll- und Halbbürtigkeit geſtützt wird, — ein der conſtantiniſchen Legislation entlehnter Gedanke; und ſodann indem ſolcher Unterſchied nun in der Weiſe verwerthet wird, daß die vollbürtigen Geſchwiſter und deren Kinder den Aſcendenten coordinirt ſind, — beeinflußt hierin durch den geſammten Entwickelungsgang des Rechtes, welches von Vorn herein den Geſchwiſtern das ſtärkere Recht zuerkannte und erſt allmählich den Aſcendenten eine Gleichberechtigung gewährte. Und eine dritte Ausnahme liegt endlich noch darin, daß nach Cod. III, 28, 27 die querela inoff. testam. nur den consanguinei, ſomit den Agnaten, nicht aber den uterini zuſteht.

Leipzig,
Druck von Gieſecke & Devrient.